



UNIVERSITÉ D'ABOMEY-CALAVI

\*\*\*\*\*

FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES (FADESP)

\*\*\*\*\*



ÉCOLE DOCTORALE

\*\*\*\*\*

CENTRE DE RECHERCHES ET D'ÉTUDES EN DROIT ET INSTITUTIONS JUDICIAIRES

\*\*\*\*\*

Mémoire en vue de l'obtention du diplôme de Master II  
en Droit et Institutions Judiciaires

**LE DROIT APPLICABLE PAR LE JUGE AU  
SENS DE L'ARTICLE 13 DU CODE DE  
PROCEDURE CIVILE, COMMERCIALE,  
SOCIALE, ADMINISTRATIVE ET DES  
COMPTES**

**Présenté par :**

Chabi Sawé COFFI

**Sous la direction de :**

Pr. Thérèse ATANGANA-MALONGUE

Agrégée des Facultés de Droit

Année académique : 2012-2013

***LA FACULTE DE DROIT N'ENTEND DONNER AUCUNE  
CAUTION AUX OPINIONS EMISES DANS CE MEMOIRE.  
CELLES-CI DOIVENT ETRE CONSIDEREES COMME  
PROPRES A SON AUTEUR.***

## ***DEDICACE***

*A ma mère et mon père, la seule pensée qu'ils puissent tenir ce document entre leurs mains me rend déjà heureux.*

## **REMERCIEMENTS**

- *A mon Directeur de mémoire, le Professeur Thérèse ATANGANA-MALONGUE, pour avoir accepté diriger ce travail, pour ces précieux conseils, et pour la disponibilité indéfectible dont il a fait montre. Puisse-t-il trouver à travers ces quelques mots, l'expression de ma profonde gratitude.*
- *Au Professeur Noël GBAGUIDI, Directeur de l'Ecole Doctorale.*
- *Au Professeur Joseph DJOGBENOU, Directeur du Centre de Recherche en Droit et Institutions Judiciaires en Afrique (CREDIJ).*
- *A mon grand frère Sawé Gabaki COFFI.*
- *A tous ceux qui ont rendu possible cette étude.*

*Vous êtes tous la lumière qui me montre le chemin.*

## ***ABREVIATIONS, EXPRESSIONS LATINES, SIGLES, ET SYMBOLES***

A priori	: Au premier abord, en se fondant sur les données admises avant toute expérience
Al.	: Alinéa
Aff	: Affaire
Art.	: Article
CAJDH	: Cour Africaine de Justice et des Droits de l'Homme
CCJA	: Cour Commune de Justice et d'Arbitrage
CEDEAO	: Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest
CEE	: Communauté Economique Européenne
CJ-CEDEAO	: Cour de Justice de la Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest
CPCCSAC	: Code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et Comptes
DCC	: Décision de la Cour Constitutionnelle
Ed.	: Edition
Ibidem	: Au même endroit
In	: dans
M.	: Monsieur
N°	: Numéro
Op. cit	: Ouvrage précité
P.	: Page
PP.	: Pages
RTSJ	: Revue Togolaise de Sciences Juridiques
V.	: Voir

## ***SOMMAIRE***

### ***INTRODUCTION***

#### ***PREMIERE PARTIE***

Les insuffisances du droit applicable par le juge à la résolution du litige

##### ***Chapitre I***

L'imposition d'un droit applicable à la résolution du litige

**Section I :** Une imposition à travers la qualification et la requalification des faits

**Section II :** Une imposition sous conditions

##### ***Chapitre II***

L'application d'un droit inefficace à la résolution du litige

**Section I :** Un droit en guise de solution au litige

**Section II :** Une solution laissant subsister le litige

#### ***Conclusion de la première partie***

#### ***DEUXIEME PARTIE***

La mise en œuvre par les parties de moyens adéquats à la résolution du litige

##### ***Chapitre I***

Les moyens des parties en présence d'éléments d'extranéité

**Section I :** Le préalable à l'élection de droit

**Section II :** L'élection de droit

##### ***Chapitre II***

Les moyens des parties en l'absence d'éléments d'extranéité

**Section I :** Le choix du droit applicable par les parties

**Section II :** La faculté de libération du juge par les parties

#### ***Conclusion de la deuxième partie***

### ***CONCLUSION GENERALE***

## ***INTRODUCTION***

«*Je suis un juge, obligé de donner à tout litige une solution*», affirmait le personnage DON PELAGE dans l'un des ouvrages de Paul Claudel intitulé : Le soulier de satin<sup>1</sup>. Cette affirmation enseigne qu'un juge saisi d'un litige quel qu'il soit est tenu de le résoudre. Et c'est certainement pour mieux aider le juge dans l'accomplissement de ce devoir que des moyens légaux ont été mis à sa disposition.

Dans cette perspective, après le code de procédure français de 1810, le législateur béninois à l'instar de ceux de certains pays africains comme la Côte d'Ivoire en 1972 et le Togo en 1982, a senti la nécessité de doter le Bénin d'un Code de procédure civile, commerciale, administrative, sociale et des comptes (CPCASC) par la Loi N°2008-07 du 28 février 2011. Cette loi, par les dispositions de son article 13 sur le droit applicable qui est une réplique de l'article 12 du Nouveau Code de procédure civile français (NCPC)<sup>2</sup> dispose que : « *Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.*

*Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée.*

*Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat.*

*Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge la mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si les parties n'y ont pas spécialement renoncé ».*

L'adoption dudit Code par le Bénin est intervenue dans des contextes historique et social particuliers.

Historiquement, selon les mots de Joseph DJOGBENOU, « *les juristes béninois se plaignaient d'être des archéologues du droit s'ils ne se considèrent pas comme les conservateurs du musée français des sciences juridiques* »<sup>3</sup>. Les juristes utilisaient le Code de procédure civile français de 1810, sous les différentes

---

<sup>1</sup> P. CLAUDEL, *Le soulier de satin*, Paris, Gallimard, 1972, p. 138, in <http://books.google.bj/books?id>

<sup>3</sup> J. DJOGBENOU, *Code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes commenté et annoté*, 1<sup>ère</sup> édition, Cotonou, CREDIJ, 2012, p. 13

réformes rendues applicables aux colonies ou territoires avant 1959, année de l'accession du territoire dahoméen au statut d'Etat membre de la communauté française. L'adoption et la promulgation du CPCCASC annonce d'une certaine manière la rupture du droit béninois avec le droit napoléonien. Mais il y a une fidélité spirituelle et textuelle qui est entretenue avec Henri MOTULSKY et le Code français de procédure civile<sup>4</sup>.

Au plan social, il y avait une atmosphère de vive désapprobation de la lenteur chronique de la justice béninoise. Le principe du dispositif qui veut que le procès civil soit exclusivement la chose des parties et qui était de mise dans l'ancien Code de procédure civile, est devenu l'un des facteurs de la lenteur de la justice. Ce principe qui favorise le système accusatoire permet aux parties d'imposer leur rythme aux procédures qu'elles introduisent devant les juridictions. Cette imposition d'une cadence au procès par les parties oblige souvent le juge à retarder sa décision en vue de régler le litige. Alors, afin de pallier ce problème, le législateur béninois a, dans le Code des procédures, fait reculer le système accusatoire en donnant au juge plus de pouvoirs. Avec ce Code, le litige n'est plus totalement la chose des parties. Au cours de l'instance, le juge n'est plus neutre. Il a maintenant le pouvoir de gouverner l'instance et de lui imprimer un rythme donné qui lui permet de rendre sa décision dans un délai raisonnable.

Le sujet sera traité dans le cadre de la procédure civile, commerciale, sociale, administrative, et des comptes dans l'espace béninois. Les autres droits, ne seront convoqués qu'à titre de comparaison, pour illustrer les originalités du droit béninois sur la question.

Pour mieux cerner les enjeux que comporte le droit applicable par le juge au sens de l'article 13, il convient préalablement d'en définir les principaux concepts que sont : le droit applicable, le juge et la partie.

---

<sup>4</sup> J. DJOGBENOU, *ibidem*.

D'abord, en ce qui concerne le concept "*droit applicable*", il serait plus aisé de chercher à comprendre le mot "*droit*" avant de l'associer au mot "*applicable*".

Déjà aux premiers siècles de notre ère, le Digeste énonçait que le droit est l'art du bon et de l'équitable<sup>5</sup>. Différentes étymologies permettent d'avancer aussi dans la compréhension du mot "*droit*". Ainsi, du grec "*thémis*", le droit désigne à l'origine l'ordre de la maison ou de la famille, par opposition à "*diké*" qui renvoie à la justice des rapports entre les familles. "*Diké*" ou "*ius*" son équivalent latin renvoient en outre au droit humain, tandis que le "*thémis*" grec ou le "*fas*" latin visait le droit d'origine divine. La langue romaine rapproche ces notions de droit et de justice en remplaçant le "*ius*" classique par "*directum*". Le droit est ainsi devenu la règle indiquant explicitement la droite ligne et la rectitude<sup>6</sup>. Il faut également noter que dans les langues européennes actuelles, le "*Recht*" allemand ou le "*Diritto*" italien vise le droit séparé comme en français de la loi, tandis qu'en anglais, le droit s'identifie à la loi (*law*)<sup>7</sup>. Du latin *directum*, ce qui est juste, le droit est l'ensemble des règles qui gouvernent l'activité humaine.<sup>8</sup> Mais comme toutes règles de conduite humaine, le droit se rapproche de la morale et la religion par ses caractères "*général*" et "*abstrait*"<sup>9</sup>. C'est pourquoi, pour bien le saisir, il faut tout de suite compléter la définition en le distinguant de ces règles de conduite voisines.

Bien que, comme toutes les règles de conduite humaine, la règle juridique partage avec les règles morale et religieuse les caractères "*général*" et "*abstrait*", elle s'éloigne de ces dernières par son caractère "*sanction*". Et si « *les règles morale et religieuse reposent pour leur observation sur la conscience et la foi de chacun, la règle de droit n'abandonne pas son application au bon vouloir des individus. Elle s'impose de l'extérieur* »<sup>10</sup>.

Le droit peut être donc défini comme « *l'ensemble des préceptes ou règles de conduite à l'observation desquels il est permis d'astreindre l'homme par une*

---

<sup>5</sup> Le droit n'est pas une science. *Jus est ars boni et aequi* : le droit est l'art du bon et de l'équitable, énonce le Digeste, recueil de textes écrits par les plus grands juristes des premiers siècles de notre ère et compilés sous Justinien au VI<sup>e</sup> siècle après J-C. Voir M. FABRE-MAGNAN, *Introduction au droit*, 1<sup>ère</sup> édition, PUF, 2010, p. 11.

<sup>6</sup> M. FABRE-MAGNAN, *Introduction au droit*, 1<sup>ère</sup> édition, Paris, PUF, 2010, p. 11

<sup>7</sup> M. FABRE-MAGNAN, *ibidem*

<sup>8</sup> J. DUBOIS, *Lexis Larousse de la langue française*, Paris, édition Larousse/VUEF, 2002, p. 1343

<sup>9</sup> D. SOSSA, *Introduction à l'Etude du Droit*, Cotonou, édition Tunde, 2007, p. 15

<sup>10</sup> D. SOSSA, *op.cit.*, p. 18

*coercition extérieure ou physique* »<sup>11</sup>. Il faut également noter qu'il est susceptible de deux acceptions que sont le droit objectif et le droit subjectif.<sup>12</sup>

S'agissant du mot "*applicable*", d'après le Dictionnaire Lexis Larousse de la langue française, c'est un adjectif qualificatif qui vient du verbe appliquer, lequel peut prendre le sens de utiliser, convenir ou correspondre.<sup>13</sup> Le "*droit applicable*" peut donc être les règles législatives, coutumières, jurisprudentielles ou tirées de principes généraux. On peut également citer le droit communautaire. La règle de droit même non conforme aux normes constitutionnelles reste applicable, si les parties s'abstiennent de soulever le caractère non constitutionnel du texte<sup>14</sup>. En un mot, on peut dire que le "*droit applicable*" est le droit positif.

L'expression "*droit applicable*" a du reste un sens assez déterminé en droit international privé où il désigne la règle applicable d'après la méthode conflictuelle.

Ensuite, la mise en œuvre d'un "*droit applicable*" appelle un élément essentiel qu'est le juge. D'où la nécessité de définir le mot "*juge*".

Le Dictionnaire Le Nouveau Petit Robert définit le "*juge*" comme « *un magistrat chargé d'appliquer la loi et de rendre la justice* »<sup>15</sup>. Aux sens du Vocabulaire juridique de Gérard Cornu, est juge toute juridiction ou tout organe doté d'un pouvoir juridictionnel<sup>16</sup>.

Selon Georges WIERDERKEHR, d'après les explications de André AKAM AKAM, le critère d'acte juridictionnel n'est pas suffisant pour définir ce qu'est un

---

<sup>11</sup> J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, 1<sup>ère</sup> édition, Paris, PUF, 1994, p. 325

<sup>12</sup> Le droit est susceptible de deux acceptions : le droit objectif et le droit subjectif. Le droit objectif vise l'ensemble des règles qui gouvernent l'activité humaine dans une société organisée et dont l'inobservation est sanctionnée par une contrainte exercée par l'autorité publique. Dans ce premier sens, on parle également de l'ordonnancement juridique, ou encore de l'ordre juridique. Quant au droit subjectif, il désigne les prérogatives que le droit objectif reconnaît, sous la protection des pouvoirs publics, à un individu en sa qualité de sujet de droit. Dans ce second sens, il ne s'agit plus du droit au singulier avec un "d" majuscule (D), mais plutôt des droits. Voir D. SOSSA, *Introduction à l'Etude du Droit*, op. cit, p. 12

<sup>13</sup> J. DUBOIS, *Lexis Larousse de la langue française*, op. cit, p. 96

<sup>14</sup> S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, et F. FERRAND, *Procédure Civile*, 30<sup>ème</sup> édition, Paris, Dalloz, 2010, pp. 406 à 408

<sup>15</sup> J. REY-DEBOVE et A. REY, *Le Nouveau Petit Robert*, Paris, édition Dictionnaire Le Robert, 2003 p. 1434

<sup>16</sup> Aux sens générique le mot juge désigne toute juridiction, quel que soient son degré dans la hiérarchie, son pouvoir, l'origine de son investiture, sa composition ou même l'ordre auquel elle appartient. Est également juge, tout organe doté d'un pouvoir juridictionnel. En ce sens sont juge, la Cour de cassation, la Cour d'appel, la Cour d'assises, l'arbitre. Voir G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8<sup>ème</sup> édition, Paris, PUF, 2007, p. 522

juge. Et “*dire qu’est juge celui qui juge*“ ne permet pas non plus de cerner la notion. Finalement, ce qui fait le juge selon ce dernier, ce n’est pas seulement qu’il soit celui qui juge un litige, seul ou en collégialité, c’est surtout qu’il décide “*selon les lois*“ et fixe le droit<sup>17</sup>.

Enfin, la notion de “*partie*“, elle est généralement définie comme une personne qui participe à un acte juridique ou qui est engagée dans un procès, un débat<sup>18</sup>. En l’espèce, la notion de partie sera définie dans le cadre du procès. D’après Natalie FRICERO, la notion de “*partie*“ peut être définie à l’aide de deux critères : un critère formel et un critère matériel. Au plan formel, la partie est celle qui figure à l’instance, parce qu’elle a pris l’initiative de la demande ou parce qu’elle a fait l’objet de la citation, ou qu’elle est intervenue. Une seule partie (ex. les procédures sur requête unilatérale en matière gracieuse) ou plusieurs personnes peuvent figurer à l’instance, et une même partie peut cumuler plusieurs positions procédurales (le défendeur principal peut être demandeur reconventionnel). Au sens matériel, une partie qui figure dans l’instance ne devient partie que si elle a une prétention à soutenir<sup>19</sup> au sens des articles 5 et 31 du CPCCSAC. Le Ministère public peut être partie jointe ou partie principale selon l’article 32 dudit code des procédures.

D’autres auteurs ont également donné leurs points de vue sur cette notion de « *partie* ». Ainsi, pour Maurice HAURIUO, pour avoir la qualité de partie, il faut être un plaideur complètement subordonné à l’instance. A ses dires, cette qualité de partie se constate seulement lorsqu’il s’agit des questions de défaut, des dépens et de l’autorité de la chose jugée<sup>20</sup>. Et pour Gaston JEZE, les parties sont des particuliers qui figurent au procès<sup>21</sup>. Quant à Léon DUGUIT, il trouve que la notion de partie est déterminée à la phase de l’introduction de l’instance et à celle de l’exécution du jugement. Il fait remarquer que l’introduction de l’instance par la demande en justice détermine les qualités procédurales de demandeur et de

---

<sup>17</sup> A. AKAM AKAM, « Le juge entre la loi et sa conscience » *RTSJ, Revue Togolaise des Sciences Juridiques*, N°0001, Juillet-Décembre 2011, p. 144

<sup>18</sup> J. DUBOIS, *Lexis Larousse de la langue française*, op cit, p. 1343

<sup>19</sup> N. FRICERO, *L’essentiel de la Procédure civile*, 5<sup>ème</sup> édition, EJA-Paris, Gualino, 2007, p. 51

<sup>20</sup> M. HAURIUO cité par H. VIZIOZ, *Etudes de procédures*, Paris, édition Dalloz, 2011, p.158

<sup>21</sup> G. JÈZE cite par H. VIZIOZ, op.cit, p. 159

défendeur, et aussi les jugements ayant purement une portée relative ne s'appliquent qu'aux parties en cause<sup>22</sup>. Donc la participation à l'instance, comme témoin, personne entendue, expert, ne confère pas la qualité de partie.

Le sujet présente un double intérêt scientifique et social.

Sur le plan scientifique, l'étude permettra de vérifier d'une part, l'effectivité du respect de l'obligation faite au juge de trancher le litige conformément aux règles de droit en vigueur et, de l'usage par les parties du droit qui leur est accordé de limiter le juge dans la décision du droit applicable à leur litige, et d'autre part si le droit contrôlé par le juge ou les parties résout le litige.

Sur le plan social, cette étude conduira à déterminer dans quelle mesure le droit applicable par le juge peut mettre immédiatement fin à l'opposition des contestations, et rétablir rapidement la paix dans la société.

L'article 13 du CPCCSAC a fait l'objet d'un commentaire succinct par Joseph DJOGBENOU. Celui-ci semble être d'accord avec les dispositions dudit article non seulement sur la maîtrise du droit par le juge mais aussi sur le fait que lorsqu'elles ont la libre disposition de leur droit, les parties, par un accord exprès peuvent lier le juge, ou dans les mêmes conditions elles peuvent conférer pouvoir d'amiable compositeur au juge qui statue dans ce cas en équité. Mais précisément dans ce dernier cas où le juge statue en équité, Joseph DJOGBENOU s'inscrit en faux contre la possibilité de l'appel que le législateur a laissé ouverte. Pour lui, lorsque le juge fonde sa décision sur l'équité conformément au compromis des parties, l'appel ne peut être envisagé qu'en vue de l'annulation de la décision pour irrégularité formelle. Il relève à titre comparatif que le législateur français a pris soin d'instituer à côté des cas où le juge statue en amiable compositeur, un droit général de renonciation à l'appel, à l'article 41 du Code de procédure civile français<sup>23</sup>.

De cet Article 13 du CPCCSAC, il ressort que l'une des prérogatives de l'Etat de droit est de résoudre le litige qui est soumis à la justice au moyen de la règle de

---

<sup>22</sup> L. DUGUIT cite par H. VIZIOZ, op.cit, p.159

<sup>23</sup> J. DJOGBENOU, op. cit, pp. 27 à 28

droit. Le droit au juge ne saurait être pour le justiciable un droit sans droits ; c'est dire que le juge doit rendre un jugement en conformité avec la règle de droit<sup>24</sup>. Aux termes de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 13 du CPCSCSAC : « *Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables* ». L'indicative "tranche" a ici une valeur impérative. Le juge ne peut alors se fonder sur l'équité<sup>25</sup>. Pour lui permettre d'assumer ce devoir qui lui incombe, l'alinéa 2 du même article dispose que : « *Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* ».

Cependant, le législateur a érigé des limites au contrôle du droit par le juge. Ces limites trouvent leur source dans la convention des parties<sup>26</sup>. La première limite est l'accord du droit applicable : « *Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles[les parties] ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat* ». La deuxième limite est le pacte d'amiable composition en ce sens que, *le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge la mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si les parties n'y ont pas spécialement renoncé* ».

Il faut noter que trancher le litige, c'est trouver une solution ponctuelle au litige. Le juge en tranchant le litige ne le résout nécessairement pas alors qu'en résolvant le litige, il lui trouve une solution définitive. C'est assurément pour cette raison que l'on peut donc constater que le législateur a associé plusieurs moyens pour amener le juge à retenir le droit adéquat pour résoudre un litige. La paix et la stabilité de la société reposent sur la résolution des conflits par la justice. De ce point de vue, MONTESQUIEU disait que : « *Le repos des familles et de la société toute entière se fonde non seulement sur ce qui est juste mais sur ce qui est fini* »<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> E. PIWNICA, « le droit au juge devant les juridictions judiciaires » *Le droit au juge dans l'Union Européenne* sous la direction de J. RIDEAU, Paris, LGDJ, 1998, p. 178.

<sup>25</sup> S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, et F. FERRAND, op. cit, p. 404

<sup>26</sup> L. CADIET, E. JEULAND, *Droit Judiciaire Privé*, 4<sup>ème</sup> édition, Paris, Juris-Classeur Litec, D 2004, p. 405.

<sup>27</sup> G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, 1<sup>ère</sup> édition, Paris, Thémis PUF, 1958, p. 460.

Il y a donc lieu de se demander si le juge doit dire le droit<sup>28</sup> ou si le jugement doit être seulement réduit au règlement d'un conflit<sup>29</sup>. L'important étant la résolution du litige, se pose la question de savoir si le droit applicable par le juge au sens de l'article 13 du CPCCSAC, résout toujours le litige. Autrement dit, le droit applicable par le juge met-il toujours définitivement fin au litige ?

Pour répondre à cette question, il sera indispensable de passer par les hypothèses de recherche à savoir :

- Le droit imposé par le juge pour trancher le litige ne le résout pas nécessairement.
- L'application du droit conventionnel des parties à leur litige résout ce dernier.
- L'arbitrage judiciaire résout le litige.

La démonstration de ces hypothèses de recherche permettra de comprendre que le droit applicable par le juge ne conduit pas forcément à un règlement définitif du litige.

Bien que le juge ait la primauté à l'égard du droit applicable à l'instar des parties sur les faits, le contrôle du droit par le juge tend de plus en plus à ne pas résoudre le litige. Pour autant, cette primauté n'est pas sans limites ; et c'est dans celles-ci que se trouvent les moyens appropriés à la résolution du litige. C'est pourquoi, il sera proposé de mesurer en premier lieu comment le droit applicable par le juge est insuffisant à la résolution du litige (Première partie), avant de relever en second lieu que c'est précisément dans les limites de la primauté du juge que se trouvent les moyens adéquats que les parties peuvent mettre en œuvre pour la résolution du litige (Deuxième partie).

---

<sup>28</sup> H. CROZE, « Le juge doit-il dire le droit ?, *Justice et droit du procès, Mélanges en l'honneur de S. GUINCHARD*, Paris, Dalloz, 2010, p 225.

<sup>29</sup> H. CROZE, op. cit, p 231.

## ***PREMIERE PARTIE***

### **Les insuffisances du droit applicable par le juge à la résolution du litige**

Le litige est un phénomène juridique qui naît de la vie du droit et trouble l'ordonnement juridique. Il se manifeste pour se résoudre dans l'ordre juridique. Le droit en est la source et l'aboutissement. C'est dire que né de l'application du droit, le litige est résolu par l'application du droit<sup>30</sup>. Cette application du droit en vue de la résolution du litige est faite par le juge selon le CPCCSAC.

Mais le droit applicable par le juge se révèle généralement insuffisant à résoudre le litige, en ce sens que d'une part le juge doit imposer un droit pour trancher la contestation (Chapitre 1) et que d'autre part, ce droit s'avère souvent inefficace à la résolution du litige (Chapitre 2).

---

<sup>30</sup> G. CORNU et J. FOYER, *Procédure Civile*, 1<sup>ère</sup> édition, Thémis PUF, 1958, p. 33

## *Chapitre I*

### **L'imposition d'un droit applicable à la résolution du litige**

L'article 126 alinéa 2 de la Loi n°90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin dispose : « *les juges ne sont soumis, dans l'exercice de leurs fonctions, qu'à l'autorité de la loi...* »

En outre, l'article 13 de la Loi n°2008-07 du 28 février 2011 portant CPCCSAC en République du Bénin, dispose : « *Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.*

*Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et aux actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée... ».*

De ces dispositions, il semble résulter clairement que par "la soumission du juge uniquement à la loi" prévue par la Constitution, et l'usage du verbe "trancher" au présent de l'indicatif et du verbe "devoir" dans les deux premiers alinéas de l'article 13 du CPCCSAC, la loi ne fait pas seulement obligation au juge de statuer en droit, elle lui demande aussi de l'imposer. En effet, même si les parties peuvent aussi qualifier les faits litigieux, c'est seulement au juge que la loi fait le devoir de qualifier ou de substituer sa propre qualification à celle des parties en cas de qualification erronée de ces dernières. La qualification étant l'opération intellectuelle dont ressort le droit applicable, on pourrait dire que le juge impose le droit applicable à travers la qualification et la requalification des faits (section I). Mais cette imposition doit se faire dans des conditions déterminées (section II).

#### **Section I**

##### **Une imposition à travers la qualification et la requalification des faits**

Si le juge est forcé de rechercher la règle applicable par la qualification et la requalification des faits et de l'imposer à la résolution du litige, c'est certainement en raison de son office (Paragraphe I), et de l'interdiction qui lui est faite de statuer en équité (paragraphe II).

## **Paragraphe I : Une imposition liée à l'office du juge**

L'office du juge peut être considéré comme sa mission, le rôle qui lui est dévolu par les institutions d'un pays déterminé. Ainsi, au Bénin comme en France, le juge est soumis à la loi et en raison des caractères inhérents à la règle de droit qui procurent la sécurité juridique, sa mission est de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donc imposer la règle de droit pour résoudre le litige, en écartant au besoin les règles de droit que les parties auraient proposées, non seulement pour maintenir une sécurité juridique (A) mais aussi pour éviter la censure d'autres juridictions (B).

### **A- Un office du juge au service de la sécurité juridique**

La mission assignée au juge béninois est d'utiliser la règle de droit qui convient au litige pour le trancher. L'utilisation de la règle de droit en cette matière garantit la sécurité juridique. Pour Jean-Louis BERGEL, « *la sécurité est liée à l'idée même de droit* »<sup>31</sup>. Le droit doit donc garantir la sécurité juridique. Et cette sécurité reste liée à l'importance des sources formelles du droit.

Le droit béninois faisant partie du droit romano-germanique, sa source formelle est la loi. Cette source formelle a des caractères abstrait, général et permanent. La règle de droit est d'abord abstraite en ce qu'elle est impersonnelle. Cependant, elle n'est pas universelle. La confrontation entre les lois nationales et étrangères conduit souvent à des conflits de loi dans l'espace intéressant le droit international privé. Enfin, la permanence de la règle de droit ressort de sa durabilité et de sa constance. Son existence ne prend fin que par une abrogation expresse ou tacite, mais jamais par désuétude. Mais ce n'est pas pour autant qu'on dira qu'elle est perpétuelle. Car les réformes législatives provoquent des conflits de loi dans le temps intéressant le droit transitoire.

Selon Philippe MALAURIE et Patrick MORVAN, « *Ces trois caractères congénitaux de la règle de droit ont une immense vertu. Ils confèrent une*

---

<sup>31</sup> JL BERGEL, op. cit, p. 318

*prévisibilité* »<sup>32</sup>. Il faut dire que la règle de droit a de surcroît un autre caractère qui est l'obligatorité. Et ce « *caractère obligatoire est le propre de toute règle. On le retrouve tout naturellement dans la règle de droit* »<sup>33</sup>. Ce qui fait que l'inobservance de la règle de droit est passible d'une sanction. Par l'existence de cette sanction, le justiciable est certain que s'il obtient un jugement des tribunaux, ce jugement pourra être exécuté par des moyens de contrainte qui garantiront la réalisation de ses droits. La sécurité juridique est encore plus accentuée lorsqu'aux caractères de la règle de droit, on ajoute l'information qui est faite au public de sa modification. Ceci affermit la sécurité juridique en ce que le justiciable sait avec certitude la règle applicable. La règle de droit est ainsi prévisible. Mais il faut noter que « *la sécurité juridique subit de graves atteintes, provenant des lois rétroactives ou de revirements de jurisprudence* »<sup>34</sup>.

On comprend alors que la loi en faisant devoir au juge de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables, fait du juge le garant de la sécurité juridique. Ainsi, pour assurer sa mission de garant de la sécurité juridique, le juge doit imposer la règle de droit.

Cependant, il semble bien que le juge impose non seulement la règle de droit pour trancher un litige afin d'assurer la sécurité juridique, mais aussi parce que son activité juridictionnelle peut être censurée dans certains cas par d'autres juridictions.

## **B- Un office du juge sous contrôle**

Les actes juridictionnels peuvent être soumis par l'action des parties au contrôle d'autres juridictions. Ces juridictions de contrôle sont des juridictions internes qui sont supérieures à la juridiction qui a rendu l'acte dont vérification est demandée d'une part, ou des juridictions sous-régionales d'autre part.

### **1. Le contrôle des juridictions internes**

L'office du juge est sous le contrôle des juridictions internes. En effet, la cour d'appel, la cour suprême, et la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage qui en

---

<sup>32</sup> P. MALAURIE, P. MORVAN, *Droit Civil, Introduction Générale*, 3<sup>e</sup> édition, Paris, Defrenois Lexto, 2009, p. 40

<sup>33</sup> P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, 13<sup>e</sup> édition, Paris, Lexis-Nexis, 2011, p. 32

<sup>34</sup> P. MALAURIE, P. MORVAN, *ibidem*

raison de la communautarisation du droit des affaires est considérée comme une juridiction interne, ainsi que la Cour constitutionnelle contrôlent la maîtrise du droit applicable au litige par le juge.

### **a) Le contrôle exercé par la Cour d'Appel**

Aux termes de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 621 du CPCCSAC applicable en République du Bénin, « *l'appel tend à faire réformer ou annuler par la cour d'appel, un jugement rendu par une juridiction inférieure* »<sup>35</sup>.

*« Voie de réformation, l'appel conduit au contrôle du bien ou du mal jugé en fait et en droit par d'autres juges... Voie d'annulation, l'appel permet de sanctionner une irrégularité dans la procédure d'élaboration du jugement de première instance »*<sup>36</sup>.

Mais « *quand il est exercé afin d'obtenir l'annulation d'un jugement, l'appel est détourné de sa fonction originare et naturelle qui est d'obtenir la réformation du mal jugé* »<sup>37</sup>. Et c'est cette forme de contrôle qu'est la réformation qui intéresse plus ici, parce que par ce type de contrôle, la Cour d'appel peut corriger voir infirmer le droit appliqué par le juge inférieur pour trancher le litige dont le jugement est querellé devant elle. Ainsi, pour Gérard CORNU et Jean FOYER, si le juge d'appel estime que « *la chose décidée par le premier juge est bien jugée, il confirme le jugement, quelque fois par simples options de motifs. S'il estime la chose mal jugée, il réforme la décision du premier juge et fait ce que celui-ci aurait dû faire. La réformation peut n'être que partielle ou n'atteindre que certains chefs* »<sup>38</sup>.

La Cour d'appel contrôle donc les jugements, lorsque les parties le demandent, par la réformation ou l'annulation. C'est ainsi que, dans une affaire Société Echanges Commerciaux Afrique (ECA) Contre Société Nationale pour la Promotion Agricole, la Cour d'appel a réformé la décision du Tribunal de Première Instance de Cotonou. En effet, en vertu d'une ordonnance abrégative de délai n°135/2007 du 09 février 2007, la Société Echanges Commerciaux Afrique (ECA)

---

<sup>35</sup> Article 621 al. 1<sup>er</sup> de la Loi N°2008-07 du 28 février 2011 portant Code de procédure civile, commerciale, administrative, sociale et des comptes en République du Bénin.

<sup>36</sup> N. FRICERO, op cit, p. 105

<sup>37</sup> G. CORNU et J. FOYER, op. cit, p. 474

<sup>38</sup> G. CORNU et J. FOYER, op. cit, pp. 472 et 473

Sarl en relation d'affaire avec la Société Nationale pour la Promotion Agricole (SONAPRA) a assigné cette dernière devant le Tribunal de Première instance de Cotonou statuant en matière commerciale pour voir :

- Condamner la SONAPRA à lui payer la somme de cent quatre-vingt neuf millions huit cent vingt-trois mille quatre cent vingt (189 823 420) FCFA représentant la valeur de son stock résiduel d'intrants agricoles gérés par celle-ci et la déduction de cette somme d'un montant de cinquante-cinq millions soixante-seize mille (55 076 000) FCFA que la SONAPRA lui a payé par compensation ;
- Condamner la SONAPRA au paiement des sommes de quarante-trois millions quatre cent huit mille neuf cent quarante-huit (43 408 948) FCFA et de trois cent millions (300 000 000) FCFA, respectivement au titre des intérêts bancaires payés à la Bank of Africa Bénin et de dommages-intérêts ;
- Condamner la SONAPRA aux intérêts au taux légal à compter du 15 mars 1999 ;

La Société ECA Sarl a enfin sollicité l'exécution provisoire sans caution de la décision à intervenir ;

Mais en rendant sa décision, le Tribunal de Première Instance de Cotonou a jugé que la Société demanderesse Echanges Commerciaux Afrique sarl et la défenderesse la Société Nationale pour la Promotion Agricole SA ne sont pas liées par un quasi-contrat de gestion d'affaires mais plutôt par un mandat ordinaire, et a condamné la défenderesse à payer une certaine somme à la demanderesse, sans se prononcer sur les intérêts de droit.

Les deux parties non satisfaites du jugement du tribunal de Première Instance ont formé appel contre ce jugement devant la Cour d'Appel de Cotonou. La Cour d'Appel en statuant a infirmé le jugement susdit en ce qu'il a qualifié de mandat ordinaire les rapports ayant lié la société ECA à la SONAPRA, et a omis de condamner la SONAPRA au paiement des intérêts de droit. Elle a ensuite évoqué et statué à nouveau en disant et en jugeant que la SONAPRA a géré les affaires de la société ECA, et a dit et jugé que la condamnation de la SONAPRA est assortie des intérêts de droit à compter du 22 Septembre 2003, date de l'assignation. Elle a enfin

confirmé le jugement entrepris en ses autres dispositions, débouté les parties du surplus de leurs demandes, et a condamné la SONAPRA aux dépens<sup>39</sup>.

La Cour d'appel contrôle le droit applicable par le juge. Mais il est certain qu'il n'est pas la seule juridiction à remplir cette fonction. Il y a aussi la Cour Suprême.

### **b) Le contrôle exercé par la Cour Suprême**

L'article 679 alinéa 1 du CPCCSAC applicable au Bénin dispose : « *Le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la cour suprême la conformité de la décision qu'il attaque aux règles de droit.* »

Il en résulte que ce contrôle est exercé par la Cour Suprême pour censurer les décisions (arrêts ou jugements rendus en dernier ressort) qui recèlent un ou plusieurs cas d'ouverture à cassation. Le demandeur au pourvoi doit préciser « *le cas d'ouverture qu'il invoque sous peine d'irrecevabilité du moyen* »<sup>40</sup>.

Les cas d'ouverture à cassation sont : la violation de la loi, le manque de base légale, le défaut de réponse à conclusions, défaut de motifs, et la contrariété de jugements.

Pour Jacques HERON et Thierry LE BARS, il y a un caractère approximatif de l'utilisation qui est faite des ouvertures à cassation, tant en doctrine que dans la pratique. Cette utilisation approximative n'a rien de surprenant, « car les différentes ouvertures ne sont pas imperméables les unes aux autres »<sup>41</sup>. Parlant des causes des ouvertures du pourvoi, Gérard CORNU et Jean FOYER diront que « toutes à la vérité se ramènent à la violation de la loi »<sup>42</sup>. Pour Loïc CADIET, « *les différents cas d'ouverture du pourvoi peuvent être distribués à partir des deux sortes de griefs susceptibles d'être adressés au jugement querellé : l'atteinte à la légalité et l'atteinte à la logique* »<sup>43</sup>.

---

<sup>39</sup> Arrêt N°004/2010 du 07/01/2010, Cour d'Appel de Cotonou, Chambre Civile Commerciale, Aff : Société Echanges Commerciaux Afrique (ECA) Sarl C/ Société Nationale pour la Promotion Agricole (SONAPRA), V. Annexe 1

<sup>40</sup> J. HERON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 4<sup>e</sup> édition, Paris, Montchrestien, Lestensy, 2010, p. 668

<sup>41</sup> J. HERON et T. LE BARS, *ibidem*

<sup>42</sup> G. CORNU et J. FOYER, *op. cit.*, p. 483

<sup>43</sup> L. CADIET, *ibidem*

Il peut ainsi être retenu en substance que lorsque la loi dispose que la Cour suprême peut censurer une décision au regard de sa conformité avec la règle de droit, elle voudrait signifier que si les juges du fond tranchent un litige en violation de la règle de droit, que la partie succombante peut se pourvoir en cassation contre ladite décision, et la Cour suprême dira si la décision déférée est ou non conforme au droit. Elle a donc une « *fonction de gardien de la légalité* »<sup>44</sup>. Dans cette fonction de gardien de la légalité, la Cour Suprême casse les décisions déférées devant elle et non conformes au droit, pour mauvaise application ou violation de la règle de droit. Et lorsque ces décisions sont rendues en conformité avec la règle de droit, la Cour Suprême rejette le pourvoi.

Les exemples sont légion. Ainsi, dans une Affaire SONAR ET AUTRES C/ BELLO SOULE relative à un accident de la circulation, la Cour Suprême décide que pour violation de la loi par omission et nécessité d'application des modalités du Code CIMA, « *doit être cassé l'arrêt qui, pour procéder à la détermination et à la condamnation des responsables d'un accident de la circulation, s'est mépris sur la loi compétente en omettant, notamment d'appliquer les modalités du Code CIMA pourtant déjà en vigueur* »<sup>45</sup>. De même, dans une autre Affaire GNACADJA GLOKOUN C/ BOJRENOU TOUSSOU, la Cour Suprême décide que « *encourt la cassation pour violation des règles de composition des juridictions traditionnelles, l'arrêt qui sans avoir fait l'objet d'une impossibilité à trouver un accesseur de la coutume revendiquée par l'une des parties, a été rendu avec un accesseur d'une coutume autre que celle revendiquée* »<sup>46</sup>. Et quand il y a une bonne application de la loi, la Cour Suprême n'hésite pas à rejeter le pourvoi. A titre illustratif, la Cour Suprême décide que pour bonne application de la loi, « *doit être rejeté le pourvoi qui critique le défaut d'application du texte applicable en raison de l'identité substantielle entre le texte appliqué et le texte applicable* »<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> H. CROZE, « Le juge doit-il dire le droit ? » in *Justice et droit du procès, du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de S. GUINCHARD*, Paris, Dalloz, 2010, p. 227

<sup>45</sup> Arrêt N°21/CJ-CM du 10 mars 2000, *Recueil des Arrêts 2000, Tome I de la Chambre Judiciaire de la Cour Suprême*, pp. 186 et 187

<sup>46</sup> Arrêt N°010/CJ-CT du 24 avril 1998, *Recueil des Arrêts 1998, la Chambre Judiciaire et Chambre Administrative de la Cour Suprême*, pp. 23 et 24

<sup>47</sup> Arrêt N°01/CJ-CM du 15/01/1999, *Recueil des Arrêts 1999, de la Chambre Judiciaire et Chambre Administrative de la Cour Suprême*, Tome I, p. 6

La Cour suprême partage sa fonction de cour de cassation avec la CCJA qui contrôle aussi dans l'accomplissement de cette fonction de Cour de cassation le droit applicable par le juge.

**c) Le contrôle exercé par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA)**

La République du Bénin est l'une des Hautes parties contractantes au Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique. La République du Bénin étant partie à ce Traité, les dispositions dudit Traité s'appliquent pleinement aux justiciables béninois. Ainsi, l'article 679 alinéa 2 du CPCCSAC applicable en République du Bénin dispose : *« Lorsqu'est en cause un acte uniforme, de l'OHADA, le pourvoi est porté devant la cour commune de justice et d'arbitrage »*. Quant au Traité de l'OHADA, il dispose en son article 14 alinéas 3, 4 et 5 que *« Saisie par la voie de recours en cassation, la cour se prononce sur les décisions rendues par la juridiction d'appel des Etats Parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes et des règlements prévus au présent Traité à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales »*.

*Elle se prononce dans les mêmes conditions sur décisions non susceptibles d'appel rendues par toute juridiction des Etats Parties dans les mêmes contentieux.*

*En cas de cassation, elle évoque et statue sur le fond »*.

La règle est certaine en jurisprudence. En effet, dans une affaire Bicici C/ Dioum Mbandy, la CCJA évoque l'affaire et prononce une condamnation, après avoir cassé l'arrêt de la Cour d'Appel d'Abidjan, car *« l'appel interjeté hors délai prévu par l'article 49 de l'Acte uniforme ... était tardif et qu'il y a lieu, dès lors, de le déclarer irrecevable »*<sup>48</sup>. On peut en outre citer l'Affaire Société Palmafrique C/ Etienne Konan Bally Kouakou, la CCJA *« dit que la saisie-attribution pratiquée le 10 avril 2000 par Etienne K. B. Kouakou entre les mains de la Société Palmafrique au préjudice de Palmcodasi et qui a servi de base à l'ordonnance de référé*

---

<sup>48</sup>CCJA N°013/2002, 18 avril 2002, Aff : Bicici C/ DioumMbandy

*N°3096/2000 dont appel, rendue le 09 août 2000 par le Président du Tribunal de Première Instance d'Abidjan , est nulle et de nul effet... »<sup>49</sup>*

Au regard de ce qui précède, il résulte que la CCJA, lorsque l'application des Actes uniformes sont en cause à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales, contrôle l'application du droit au litige par les juges du fond béninois en vérifiant comme la Cour Suprême si la décision déférée devant elle par la partie succombante a été rendue conformément au droit (aux Actes uniformes). Et le cas échéant, si la décision est rendue en violation d'un Acte uniforme, la CCJA la casse et la réforme comme la Cour d'appel en évoquant et en statuant à nouveau.

En dehors de juridiction de l'ordre judiciaire que sont la Cour d'appel, la Cour Suprême, et la CCJA, la Cour constitutionnelle fait partie des juridictions internes qui contrôlent la règle applicable par le juge.

#### **d) Le contrôle exercé par la Cour Constitutionnelle**

Aux termes de l'article 122 de la loi N°90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin, « *Tout citoyen peut saisir la Cour Constitutionnelle sur la constitutionnalité des lois, soit directement, soit par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité invoquée dans une affaire qui le concerne devant une juridiction. Celle-ci doit surseoir jusqu'à la décision de la Cour Constitutionnelle qui doit intervenir dans un délai de trente jours* ».

Par les dispositions de cet article, la Cour Constitutionnelle contrôle la loi que le juge attend appliquer pour trancher un litige. La Cour Constitutionnelle exerce ce contrôle lorsqu'un justiciable, au cours d'un procès qui l'intéresse, la saisit pour se prononcer sur la constitutionnalité de la loi applicable à son litige. Cette saisine se fait par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité prévue par les dispositions suscitées et à l'article 200 du CPCCSAC qui dispose que « *Dans une affaire qui le concerne devant une juridiction, tout citoyen peut soulever l'exception d'inconstitutionnalité de la loi appelée à s'appliquer à l'espèce.*

---

<sup>49</sup> CCJA N°008/2002, 21 avril 2002, Aff : Société Palmafrique C/ Etienne Konan Bally Kouakou

*L'exception doit indiquer clairement le ou les articles de la loi incriminés avec à l'appui et par écrit l'exposé sommaire des moyens ».*

Dans ce cas, la juridiction devant laquelle cette exception est soulevée doit surseoir à statuer jusqu'à la décision de la Cour Constitutionnelle qui doit intervenir dans un délai de trente jours. Lorsque le justiciable omet de soulever l'exception d'inconstitutionnalité, il pourra lorsque le juge tranchera le litige, déférer la décision devant la Cour Constitutionnelle. Cette dernière va alors vérifier si ladite décision ne viole pas les droits et libertés fondamentales.

Et il faut dire que son contrôle va au-delà de celui des décisions de justice. En effet, l'article 114 de la loi N°90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin dispose que « *La Cour Constitutionnelle est la plus haute juridiction de l'Etat en matière constitutionnelle. Elle est juge de la constitutionnalité de la loi et elle garantit les droits fondamentaux de la personne humaine et les libertés publiques. Elle est l'organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics* »<sup>50</sup>.

La Cour Constitutionnelle a donc pour mission « *d'une première part d'être juge de la constitutionnalité des lois et donc de donner de la constitution l'interprétation qui s'impose à toutes autorités y compris l'autorité juridictionnelle, d'une seconde part garantir au plus haut degré en République du Bénin les droits fondamentaux de la personne humaine et les libertés publiques et d'une troisième part réguler le fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics* ». <sup>51</sup>

Effectivement, chaque organe constitutionnel élabore des normes. Tous les actes, qu'ils soient règlementaires, législatifs ou des jugements, peuvent porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine, donc à la Constitution. Ainsi, les décisions judiciaires qui semblent porter atteinte aux droits et libertés fondamentales peuvent être soumises au contrôle du juge constitutionnel. Le juge constitutionnel est compétent pour contrôler toutes décisions qui interviennent en matière des droits de l'homme.

---

<sup>50</sup> Loi n°90-32 du 11 décembre 1990 portant constitution de la république du Bénin, p. 30

<sup>51</sup> DCC 09-087 DU 13 AOÛT 2009, V. Annexe 2

Mais ce qui intéresse cette étude est le contrôle par la Cour constitutionnelle du droit applicable par le juge.

Dans ce domaine précisément, la Cour constitutionnelle a rendu une décision dans une Affaire consorts ATOYO C/ Sophie AÏDASSO. Elle a déclaré inconstitutionnel un Arrêt de la Cour Suprême. La Cour Constitutionnelle a estimé que les décisions de justice ne sont pas des actes susceptibles de recours devant la Cour Constitutionnelle pour autant qu'elles ne violent pas les droits fondamentaux des citoyens et les libertés publiques et parce que dans l'Arrêt de la Cour Suprême intervenu dans cette affaire il a été fait application d'une disposition du Coutumier du Dahomey qui affiche le terme "esclave", cette Décision porte atteinte aux droit et liberté fondamentale de la personne humaine. La Cour Constitutionnelle a alors déclaré l'Arrêt de la Cour Suprême contraire à la Constitution<sup>52</sup>.

Si elle juge un acte judiciaire contraire à la Constitution, cet acte ne peut plus être exécuté. Le risque est la contrariété de décisions lorsque la Cour Suprême rend un arrêt et que la Cour Constitutionnelle est saisie du contrôle de cet acte, la décision du juge constitutionnel peut être contraire à l'arrêt de la Cour Suprême. En tout cas, le juge judiciaire doit veiller à ce que sa décision ne heurte pas les droits et libertés fondamentales protégés par la Constitution.

Les juridictions sous régionales veillent également à la bonne application de la loi par le juge.

## **2. Le contrôle des juridictions sous-régionales**

L'office du juge est sous le contrôle des juridictions sous régionales. Effectivement, certaines juridictions qui ne sont pas des juridictions internes, contrôlent aussi le droit que les juges du fond appliquent aux litiges. Ces juridictions sont la Cour de Justice de la CEDEAO (CJ-CEDEAO) et la Cour Africaine de Justice et des Droits de l'Homme (CAJDH).

---

<sup>52</sup>DCC 09-087 DU 13 AOÛT 2009, ibidem

**a) Le contrôle exercé par la Cour de Justice de la CEDEAO (CJ-CEDEAO)**

Aux termes de l'article 3 al. 8 du protocole additionnel A/SP.1/01/05 portant amendement du protocole A/P.1/7/91 relative à la CJ-CEDEAO abrogeant l'article 9 du protocole relatif à la CJ-CEDEAO, « *la Cour a compétence à connaître des cas de violation de droits de l'Homme dans tout Etat membre* ».

Ainsi, en vue de la protection des droits de l'Homme, la CJ-CEDEAO peut sanctionner l'action ou l'inaction des autorités judiciaires d'un Etat membre qui viole les droits de l'homme. C'est dans ce sens qu'elle a rendu le 27 octobre 2008 l'arrêt N°ECW/CCJ/JUD/08/08 entre dame Hadidjatou Mani KORAOU et la République du Niger. Dans cette affaire, dame Hadidjatou Mani KORAOU a attiré la République du Niger pays membre de la CEDEAO devant la CJ-CEDEAO pour violation des droits de l'Homme. En effet, la requérante a été vendue dans son enfance comme esclave sur le territoire nigérien. Ceci est une pratique courante au Niger, et les autorités judiciaires nigériennes n'ont rien fait pour empêcher de telle pratique. La Cour a décidé que dame Hadidjatou Mani KORAOU a été victime d'esclavage et que la République du Niger en est responsable par l'inaction de ses autorités administratives et judiciaires, et a condamné la République du Niger à lui payer en réparation des préjudices subis une indemnité forfaitaire de 10 000 000 F<sup>53</sup>.

Le Bénin étant membre de la CEDEAO, la CJ-CEDEAO se trouve compétente pour contrôler tous jugements béninois qui violeraient les droits de l'Homme.

Parmi les juridictions sous régionales qui exercent un contrôle sur le droit applicable par le juge figure aussi la Cour Africaine de Justice et des Droits de l'Homme (CAJDH).

---

<sup>53</sup> Arrêt N°ECW/CCJ/JUD/08/08 du 27 oct. 2008, A. SAÏZONOU-BEDIE, *Recueil de jurisprudence de la Cour de justice de la CEDEAO et de la Commission de l'UEMOA*, 1<sup>ère</sup> Edition, Droit et Lois, 2014, pp. 149 à 160

## **b) Le contrôle exercé par la Cour Africaine de Justice et des droits de l'Homme (CAJDH)**

L'article 28 du statut de la CAJDH dispose que « *La compétence de la Cour s'étend à toutes les affaires et à tous les différends d'ordre juridique qui lui sont soumis conformément au présent statut et ayant pour objet :*

*c- l'interprétation, l'application de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples, de la charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, du protocole de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits de la femme ou de tout autre instrument juridique relatif aux droits de l'homme, auxquels sont parties les Etats concernés ; ... »*

Le point 2 de l'article 17 du statut de la CAJDH précise que « *la section des droit de l'homme et des peuples est saisie de toute affaire relative aux droits de l'homme et/ou des peuples ».*

Le Bénin étant membre de l'Union Africaine, il est évident que tout jugement qui viole les droits de l'homme peut être porté devant la CAJDH, et en attendant l'effectivité de cette dernière devant la CADH.

Le devoir pour le juge d'imposer la règle de droit applicable n'est pas uniquement lié à son office qui est sous contrôle, et qui doit être également au service de la sécurité juridique. Ce devoir est aussi inhérent au refus fait au juge de statuer en équité.

### **Paragraphe II : Une imposition liée au rejet de l'équité**

Pourquoi le juge doit-il rechercher la règle de droit applicable et l'imposer à la résolution du litige, en rejetant de fait l'équité ? Pour répondre à une telle question, il sera nécessaire d'expliquer au préalable ce qu'est l'équité (A), avant de se pencher sur les raisons de son rejet dans la recherche de solution au litige (B).

#### **A- La notion d'équité**

Le vocabulaire de Gérard Cornu commence par définir l'Equité comme une justice, un sentiment de justice, une atténuation ou modification apportée au droit, et une manière de résoudre le litige. Pour Gérard Cornu, l'Equité vient du latin

aequitas et de aequus qui signifient respectivement égal et équitable. Selon lui, l'équité est d'abord une justice fondée sur l'égalité, sur le devoir de rendre à chacun le sien, sur le principe qui commande de traiter également des choses égales et donc inégalement des choses inégales. C'est un droit naturel, une justice idéale et supérieure au droit positif. C'est aussi un sentiment de justice toujours suspecté d'arbitraire en raison de son caractère subjectif et pourtant irréductible. Au dire de l'auteur, l'Equité peut être ensuite une atténuation, une modification apportée au droit, à la loi, en considération de circonstances particulières. De son avis, l'équité est enfin une manière de résoudre les litiges en dehors de la règle de droit, selon des critères tels que la raison, l'amour de la paix, la morale<sup>54</sup>.

D'autres auteurs se sont également penchés sur la notion d'équité. Ainsi, Philippe MALAURIE et Patrick MORVAN distinguent deux types d'équité : L'équité objective et l'équité subjective. L'équité objective est selon eux, celle aristotélicienne qui adapte la justice légale aux circonstances de fait pour la rapprocher de la vraie justice, de la justice absolue. Car la loi, ayant un caractère général, révèle des lacunes ou des ambiguïtés dans son application à certains cas non prévus par le législateur. Une application littérale et rigoureuse de la loi produirait alors une injustice. Ils affirment que l'équité, précisément intervient ici comme un « correctif de la loi ». Quant à l'équité subjective, ils la rattachent à l'équité des stoïciens, laquelle désigne un sentiment intérieur invitant l'être à la clémence, à la bienveillance, à l'humanité envers autrui<sup>55</sup>. GENY et RIPERT ont aussi donné leurs avis sur la question. Pour GENY, l'équité est « *une sorte d'instinct, qui, sans faire appel à la raison raisonnante, va de lui-même et tout droit à la solution la meilleure* ». D'après RIPERT, « *le jugement d'équité n'est le plus souvent qu'une manifestation individuelle d'une conception morale particulière contre le sentiment général qui a triomphé dans la loi* »<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> G. CORNU, *Vocabulaire Juridique*, 8<sup>e</sup> édition, Paris, PUF, 2007, p. 367

<sup>55</sup> P. MALAURIE, P. MORVAN, *op. cit.*, pp. 35 et 36

<sup>56</sup> P. BELLET, « Le juge et l'équité », *Etudes offertes à R. RODIERE*, Paris, Dalloz, 1981, p. 09

L'idée fondamentale qui se dégage de ces multiples définitions est que la loi est générale et l'équité particulière<sup>57</sup>. Cette différence des caractères de la loi et de l'équité, fait que l'équité est opposée au droit strict et cette opposition est devenue universelle<sup>58</sup>.

Cette opposition, voire le rejet de l'équité par l'imposition de la loi par le juge est survenu pour plusieurs raisons.

## **B- Les raisons de l'imposition du droit par le juge liées au rejet de l'équité**

Certaines raisons ont conduit la loi à empêcher le juge de statuer en équité, et à l'obliger à imposer la règle de droit pour résoudre le litige. Ces raisons sont historiques et théoriques.

### **1. Les raisons historiques**

Historiquement, les systèmes judiciaires ayant donné à l'équité du juge un rôle essentiel, n'ont pas laissé de bons souvenirs car cela a conduit à des abus. Ces abus ont été si grands qu'ils ont donné naissance à l'adage de l'ancien droit : « *Dieu nous garde de l'équité des Parlements* »<sup>59</sup>. Pour remédier à ce problème, certains auteurs et le législateur révolutionnaire ont voulu enserrer les tribunaux dans un carcan rigide.

Selon MONTESQUIEU, même si dans son application, la loi qui est en même temps clairvoyante et aveugle serait dans certains cas trop rigoureuse, « *les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur* »<sup>60</sup>, et dans une République, il ne faut que des « yeux » aux juges pour lire la loi<sup>61</sup>. A la suite de MONTESQUIEU, ROBESPIERRE, SAINT-JUST et NAPOLEON ont proclamé que la jurisprudence ne doit être autre que la loi, tandis que LE CHAPELIER précisait le 18 novembre 1790, à la tribune de l'Assemblée Française : « *Le*

---

<sup>57</sup> P. BELLET, op cit, p. 10

<sup>58</sup> P. MALAURIE, P. MORVAN, op cit, p. 3

<sup>59</sup> L. CADIET, *Dictionnaire de la Justice*, 1<sup>ère</sup> édition, Paris, PUF, 2004, p.425

<sup>60</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois I*, livre XI, chap. VI, 1979, folio essais, Paris, édition Gallimard, 1995, p. 337

<sup>61</sup> MONTESQUIEU, op cit, livre VI, chap. III, p. 201

*Tribunal de cassation pas plus que les tribunaux de district ne doit avoir de jurisprudence à lui* »<sup>62</sup>. Quant au juriste anglais SELDEN, « *l'équité est une mauvaise affaire, car le droit est une mesure où nous savons à quoi nous en tenir ; l'équité, par contre, dépend de la conscience de celui qui est chancelier et, comme celle-ci peut être plus large ou plus étroite, il en va de même de l'équité* »<sup>63</sup>. Il avait eu un autre mot plus raide : « *Equity is a roguish thing* » (l'équité est une saleté)<sup>64</sup>.

Ces auteurs en décrivant l'usage de l'équité par le juge, ont semblé comprendre comme Philippe MALAURIE et Patrick MORVAN que l'équité est un dangereux instrument de la puissance du juge qui cherche tous les jours à former des règles nouvelles, en se faisant une balance particulière et un poids propre pour chaque cause, en éludant ainsi la règle de droit<sup>65</sup>.

Ces raisons historiques ne justifient pas à elles seules l'imposition de la règle de droit par le juge liée au rejet de l'équité, mais d'autres raisons s'y ajoutent. Ce sont les raisons théoriques.

## **2. Les raisons théoriques**

L'article 5 du code civil dispose que « *il est défendu aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises* ».

Il résulte de ces dispositions que le juge doit respecter le principe de la séparation des pouvoirs qui semble lui imposer de ne pas s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, et ne lui accorde que le droit d'appliquer à des cas particuliers, la règle générale édictée par le Parlement<sup>66</sup>. Ainsi, le juge civil qui méconnaîtrait le principe de la séparation des pouvoirs, commettrait un excès de pouvoir<sup>67</sup>. De même, en respectant le principe de la séparation des pouvoirs, le juge ne doit appliquer que les textes de loi édictés par le Parlement. Ainsi, pour DEMOLOMBE,

---

<sup>62</sup> P. BELLET, op cit, pp. 12 à 13

<sup>63</sup> L. CADIET, *Dictionnaire de la Justice*, ibidem

<sup>64</sup> P. MALAURIE, P. MORVAN, op cit, p.37

<sup>65</sup> P. MALAURIE, P. MORVAN, op cit, p. 36

<sup>66</sup> P. BELLET, op cit, p. 13

<sup>67</sup> C. CHARRUAULT, « L'excès de pouvoir du juge civil », *Etudes offertes au Doyen P. SIMLER*, Paris, édition Dalloz, 2006, p.857

« le juge ne peut pas légalement prétendre que la loi ne lui donne pas les moyens de résoudre la cause qui lui est soumise », et, selon Laurent HUSSON, « les codes ne laissent rien à l'arbitraire de l'interprète »<sup>68</sup>. D'après Pierre BELLET, Laurent HUSSON, plus récemment, résume cette théorie en ce propos : « le droit tout entier est contenu dans les textes légaux de telle sorte que la tâche du juriste ne consiste qu'à l'en extraire »<sup>69</sup>.

De ces raisons théoriques, on peut aussi comprendre que l'équité n'est pas une source du droit ni, en elle-même, règle de droit, au Bénin où l'on a gardé un lien fort avec l'ex-métropole la France, en matière juridique. L'équité n'a aucun des caractères de la règle de droit qui garantissent la prévisibilité et la sécurité juridique. Alors que la règle de droit est par essence abstraite, générale et permanente, l'équité est par nature concrète, particulière et éphémère. Ce qui engendre incertitude, imprévisibilité, et encore le risque d'arbitraire du juge<sup>70</sup>.

D'après ces raisons historiques et théoriques, le juge ne peut pas prendre en considération la situation d'un justiciable qu'elle soit sociale ou économique pour ne pas appliquer la règle de droit. Il est donc obligé d'écarter ces considérations et d'imposer la règle de droit.

Au regard de tout ce qui précède, des raisons historiques et théoriques, le juge ne peut se fonder sur l'équité en lieu et place d'une loi claire. A titre illustratif, « dans une affaire, des salariés avaient travaillé plusieurs jours fériés et avaient touché le salaire correspondant. Ils réclamaient devant la juridiction du travail une majoration de 100 % de la rémunération. Ne constatant aucune précision ni dans la loi ni dans la convention collective, les conseillers prud'hommes décidèrent alors de juger en équité sur la base de l'article 1135 du Code civil et leur attribuèrent en conséquence un supplément de rémunération. La Cour de cassation censura cette

---

<sup>68</sup> P. BELLET, « Le juge et l'équité », *ibidem*

<sup>69</sup> P. BELLET, *ibidem*

<sup>70</sup> P. MALAURIE, P. MORVAN, *op. cit.*, p. 37

décision en affirmant par une formule lapidaire que “l'équité n'est pas une source de droit“ »<sup>71</sup>.

Si le juge doit imposer le droit applicable au litige, il est nécessaire de souligner qu'il n'impose la règle de droit que dans certaines conditions.

## **Section II**

### **Une imposition sous conditions**

Le juge impose un droit applicable au litige par la qualification ou la requalification des faits ou actes litigieux. L'opération intellectuelle, la qualification et la requalification permettent au juge de trouver la règle de droit adéquate pour trancher un litige. Cette démarche de qualification et de requalification sont nécessaires pour le juge dans deux cas respectifs à savoir : lorsque les parties n'ont pas précisé le fondement juridique de leur litige et lorsqu'elles en ont précisé. Il serait alors approprié d'analyser les conditions de l'imposition du droit applicable par le juge ; c'est-à-dire en l'absence de fondement juridique invoqué par les parties d'une part (Paragraphe I), et en présence d'un fondement juridique invoqué par les parties d'autre part (Paragraphe II).

#### **Paragraphe I : En l'absence de fondement juridique invoqué par les Parties**

Les parties peuvent soumettre au juge simplement des éléments de faits qui ne permettent de retenir aucune qualification (A), ou encore des éléments de faits permettant au juge d'en retenir une (B).

##### **A- Le juge face à des éléments de fait ne lui permettant pas de retenir une qualification**

Les parties peuvent fournir uniquement des éléments de fait sans aucun élément de droit<sup>72</sup>. Mais dans cette condition, si les parties ne produisent pas au juge des

---

<sup>71</sup>Cass. soc., 4 déc. 1996, n° 94-40.693, JCP G 1997, II, n° 4064, obs. L. CADIET n° 11, voir BLIBCHAER R. et MOLFESSIS N., Sources du droit en droit interne, spéc. N°6, RTD civ. 1998, p. 210, in [www.wk-rh.fr/preview/.../315-36 - jugement en equite prohibe](http://www.wk-rh.fr/preview/.../315-36 - jugement en equite prohibe)

éléments de fait qui vont lui permettre de retenir une qualification précise, « *elles ne peuvent ensuite lui reprocher de n'avoir pas retenu telle qualification* »<sup>73</sup>.

Si les parties peuvent mettre le juge face seulement à des éléments de fait, elles soumettent également souvent au juge des éléments de fait lui permettant de retenir une qualification.

### **B- Le juge face à des éléments de fait lui permettant de retenir une qualification**

Les parties peuvent apporter au juge des éléments de fait lui permettant de retenir une qualification, mais sans aucune précision sur le fondement juridique de leur demande. En effet, « *sauf dans les procédures ouvertes sur assignation, aucune disposition n'impose aux parties d'indiquer le fondement juridique de leurs prétentions* »<sup>74</sup>. Ainsi, « *dans le cadre des procédures orales, la demande ne prend pas toujours la forme d'une assignation. Elle n'impose donc pas aux parties de proposer des moyens de droit* »<sup>75</sup>. Dans cette dernière condition, lorsque les parties ne précisent pas le fondement juridique de leur litige, le juge a « *l'obligation de rechercher la norme adaptée et d'examiner les faits qui lui sont soumis sous tous les aspects juridiques conformément aux règles de droit qui sont applicables* »<sup>76</sup>. « *Le juge qui rejetterait une demande aux motifs que son auteur n'en précise pas le fondement juridique et qu'il ne lui appartient pas de se substituer à lui pour le faire commettrait un déni de justice* »<sup>77</sup>. Mais si le juge dans ses recherches ne trouve aucun fondement juridique adéquat, il doit rejeter la demande<sup>78</sup>.

En dehors de ce cas d'absence de fondement juridique allégué par les parties, le juge peut se trouver également en présence d'un fondement juridique invoqué par les parties.

---

<sup>72</sup> S. GUICHARD, C. CHAINAIS, et F. FERRAND, op. cit, p. 411

<sup>73</sup> S. GUICHARD, C. CHAINAIS, et F. FERRAND, ibidem

<sup>74</sup> L. CADJET et E. JEULAND, *Droit Judiciaire Privé*, 4<sup>e</sup> édition, Paris, Juris-Classeur Litec, 2004, p. 401

<sup>75</sup> P. JULIEN et N. FRICERO, *Procédure civile*, 4<sup>e</sup> édition par N. FRICERO, Paris, LGDJ, 2011, p. 138

<sup>76</sup> P. JULIEN et N. FRICERO, ibidem

<sup>77</sup> S. GUICHARD, C. CHAINAIS, et F. FERRAND, op. cit, p. 410

<sup>78</sup> P. JULIEN, N. FRICERO, ibidem

## **Paragraphe II : En présence d'un fondement juridique invoqué par les parties**

Les parties précisent généralement les moyens de droit qui sont censés garantir le succès de leur prétention. « *Lorsque les parties sont assistées d'avocats, ces derniers produisent systématiquement devant le juge des moyens de droit* »<sup>79</sup>. Plus est, l'article 131 du CPCCASC prévoit que « *La demande introduite par assignation ... doit contenir outre les mentions prévues à l'article 53 du présent code : ... 3- l'objet de la demande et les motifs ... Cette assignation vaut conclusions ...* ». Le code exige alors des parties qu'elles indiquent, même de façon sommaire, les motifs sur lesquels la demande repose. « *Cette notion de motif de la demande n'est pas claire, mais on peut considérer qu'elle comporte des moyens de fait et de droit sommairement expliqués* »<sup>80</sup>. En outre, l'article suscitée dispose que l'assignation vaut conclusions. Alors, telles les conclusions produites en justice, l'assignation doit formuler les prétentions des parties ainsi que les moyens en fait et en droit sur lesquels chacune de ces prétentions est fondée. L'article 745 alinéa 2 du même Code ajoute que « *l'assignation contient, à peine de nullité, les mentions prévues à l'article 131 du présent code* ». Il s'agit d'une nullité pour vice de forme, qui suppose de la part de celui qui l'invoque la preuve d'un grief. Ainsi lorsque la demande prend la forme d'une assignation, il est demandé aux parties de préciser le fondement juridique de leur prétention.

Dans les hypothèses qui viennent d'être décrites, le juge est saisi de prétentions qui s'appuient sur un fondement juridique. Dans ce cas, La loi fait obligation au juge de requalifier les faits si le fondement juridique proposé par les litigants s'avère erroné, et donne soit la faculté au juge ou l'oblige dans certains cas à relever d'office un moyen de droit. C'est pourquoi, il sera proposé d'étudier la requalification des faits et actes litigieux d'une part (A), et le relevé d'office d'un moyen de droit d'autre part (B)

---

<sup>79</sup> E. VERGES, *Procédure civile*, Presses Universitaires De Grenoble, 2007, p. 42

<sup>80</sup> E. VERGES, *ibidem*

## **A- La requalification des faits et actes litigieux**

La qualification des faits n'est pas uniquement l'apanage du juge. La loi permet aux parties de qualifier aussi les faits litigieux dont elles saisissent le juge. Mais le juge n'est pas tenu par la qualification présentée par les parties. En effet, l'article 13 alinéa 2 du CPCCSAC dispose que « *Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* ». Effectivement, le fondement juridique invoqué par les parties peut être erroné. Le juge doit donc vérifier si les conditions d'application de la ou les règles de droit invoquées par les parties sont bien réunies. Et si le juge trouve que les règles de droit excipées par les parties au soutien de leurs prétentions ne sont pas applicables, il a le devoir d'imposer la règle de droit applicable en requalifiant les faits de l'espèce afin de déterminer la règle de droit appropriée. S'il ne requalifie pas correctement les faits, il s'expose à ce que sa décision soit censurée en appel ou par la cour suprême.

La règle de la requalification des faits est certaine en jurisprudence. En effet, dans l'Affaire suscitée Société Echanges Commerciaux Afrique (ECA) Contre Société Nationale pour la Promotion Agricole, le premier juge avait requalifié, le fondement juridique de quasi-contrat précisément la gestion d'affaire proposée par la société ECA Sarl, en mandat ordinaire. Et c'est surtout le jugement entrepris de ce chef que la cour d'appel a réformé en jugeant que la SONAPRA a géré les affaires de la Société ECA<sup>81</sup>. De même, la transformation du contrat de travail à durée déterminée en un contrat à durée indéterminée est une œuvre essentiellement jurisprudentielle, qui s'opère par la requalification. Ainsi, les juridictions sociales requalifient de contrat à durée indéterminée :

Le contrat de travail à durée déterminée qui se poursuit après l'échéance de son terme sans que le contrat ait prévu une telle prorogation<sup>82</sup>.

Le contrat à durée déterminée qui prévoit la libre faculté de résiliation des parties après préavis<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> Arrêt N°004/2010 du 07/01/2010 de la Chambre Civile Commerciale de la Cour d'Appel de Cotonou, Aff : Société Echanges Commerciaux Afrique (ECA) Sarl C/ Société Nationale pour la Promotion Agricole (SONAPRA), V. Annexe 1

<sup>82</sup> B.. AMOUSSOU, *Droit Béninois du travail, Contrat de travail et Licenciement*, Cotonou, édition Tête Fertile, 2003, pp. 53 à 54

Le contrat à durée déterminée tacitement reconduit ou qui prévoit un nombre illimité de prorogations<sup>84</sup>.

Le contrat de travail à durée déterminée conclu pour la durée d'un chantier et qui laisse dans l'imprécision le terme de l'engagement<sup>85</sup>.

Le juge n'impose pas seulement la règle applicable dans la condition de requalification des faits. Il le fait également dans celle du relevé d'office d'un moyen de droit.

## **B- Le relevé d'office d'un moyen de droit**

Le juge a la prérogative d'imposer un droit applicable en relevant d'office un moyen de droit pour trancher un litige. Mais se pose la question de savoir si cette prérogative est un devoir ou une faculté.

### **1. Le relevé d'office d'un moyen de droit : Un devoir pour le juge**

Le juge doit imposer le droit applicable en relevant d'office les moyens de droit quel que soit le fondement juridique invoqué par le demandeur au soutien de ses prétentions, lorsque des dispositions légales expresses l'y obligent. Ainsi, l'article 207 alinéa 1 du CPCCSAC dispose que « *Les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours* ».

Conformément à cette disposition, La Chambre des Référés de la Cour d'appel de Cour d'appel de COTONOU dans une affaire où l'appelant a interjeté appel le 27 juin 2002 contre une ordonnance de référé en date du 18 avril 2002, décide que « *la fin de non-recevoir tiré de la tardivité de l'appel est d'ordre public et doit d'office être examinée par la juridiction saisie notamment à travers la vérification des*

---

<sup>83</sup> B. AMOUSSOU, op. cit, p. 54

<sup>84</sup> B. AMOUSSOU, ibidem

<sup>85</sup> B. AMOUSSOU, ibidem

*formes et délai légaux pour agir* »<sup>86</sup>. Et sur cette même logique, la Cour d'Appel d'ABOMEY (BENIN) a jugé dans l'affaire DAKO Hounnon Norbert et TCHINKOU Dènyssi Hounnon contre DONHOU Barthélémy que « *est déclaré irrecevable l'appel interjeté après le délai d'un mois du prononcé d'un jugement d'instance* »<sup>87</sup>. Les consorts DAKO ayant relevé appel d'un jugement rendu le 10 février 2005, le 17 août 2005. La même Cour, dans une autre affaire Hoirs DAGA HOUNTCHAÏ représentés par DAGA HOUNTCHAÏ Fangnon et autres contre TCHIDEKOU Gbléga, où DAGA hountchaï a entrepris appel le 20 décembre 1985 contre un jugement du 24 octobre 1985, a décidé que « *est forclos tout appel interjeté après le délai d'un (01) mois à compter du prononcé du jugement d'instance* »<sup>88</sup>.

Imposer le droit applicable en vue de la résolution d'un litige par le relevé d'office d'un moyen de droit n'est pas seulement une obligation. Elle est aussi une faculté.

## **2. Le relevé d'office d'un moyen de droit : une faculté pour le juge**

Le CPCCSAC semble rendre, dans certains cas, facultative pour le juge, l'imposition de la règle de droit applicable par le relevé d'office d'un moyen de droit. Des dispositions sont donc organisées autour de l'exception d'incompétence et des fins de non-recevoir pour donner la possibilité au juge de relever d'office son incompétence ou une fin de non-recevoir.

Sur les fins de non-recevoir, le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours<sup>89</sup>.

En ce qui concerne l'incompétence, elle peut être prononcée d'office dans plusieurs cas. En effet, premièrement, elle peut être prononcée d'office en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution. Et elle ne peut l'être qu'en ce

---

<sup>86</sup> Arrêt N°185/2005 du 19 décembre 2005, A. SAÏZONOU BEDIE, *Jurisprudence Béninoise, Recueil d'arrêts des cours d'appel d'Abomey, Parakou, Cotonou et de la Cour Suprême (Chambre Judiciaire) N°5*, Droit et Lois, 2010, p. 162

<sup>87</sup> Arrêt N°2007-015/1<sup>ère</sup> CT-B/CA-AB du 22 août 2007, A. SAÏZONOU BEDIE, *Jurisprudence Béninoise, Recueil d'arrêts des cours d'appel d'Abomey et Parakou N°4*, Droit et Lois, 2008, p. 21

<sup>88</sup> Arrêt N°2007-013/1<sup>ère</sup> CT-B/CA-AB du 08 août 2007, A. SAÏZONOU BEDIE, *Jurisprudence Béninoise, Recueil d'arrêts des cours d'appel d'Abomey et Parakou N°4*, op. cit, p. 25

<sup>89</sup> Article 207 al. 2 du CPCCSAC

cas<sup>90</sup>. Deuxièmement, devant la cour d'appel ou la chambre judiciaire de la cour suprême, cette incompétence d'office ne peut être soulevée que si l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive, administrative ou échappe à la compétence d'une juridiction nationale<sup>91</sup>.

Mais, en affirmant que « *elle ne peut l'être qu'en ce cas* »<sup>92</sup>, le législateur a semblé faire interdiction au juge de relever d'office l'exception d'incompétence dans les autres cas, entendre notamment en cas de violation des règles de compétence territoriale.

Cette interdiction formelle connaît cependant quelques tempéraments à l'article 174 que l'on soit en matière gracieuse ou en matière contentieuse<sup>93</sup> :

- En matière gracieuse, le juge peut relever d'office l'incompétence territoriale.
- En matière contentieuse, il ne le peut que dans les litiges relatifs à l'état des personnes ou dans les cas où la loi attribue compétence exclusive à une autre juridiction.

En somme, l'imposition du droit applicable pour trancher un litige par le relevé d'office d'un moyen de droit est une obligation légale dans certains cas, et une faculté dans d'autres. Lorsque le juge relève d'office son incompétence, il renvoie les parties à mieux se pourvoir<sup>94</sup>.

De ce qui précède, il est évident que le juge impose souvent le droit applicable au litige. Mais si le juge est obligé d'imposer le droit applicable au litige, l'application d'un tel droit peut s'avérer inefficace à la résolution du litige.

---

<sup>90</sup> Article 173 al. 1 du CPCCSAC

<sup>91</sup> Article 173 al. 2 du CPCCSAC

<sup>92</sup> Article 173 al. 1 du CPCCSAC in fine

<sup>93</sup> Article 174 du CPCCSAC

<sup>94</sup> Article 175 du CPCCSAC

## *Chapitre II*

### **L'application d'un droit inefficace à la résolution du litige**

L'application du droit imposé par le juge est souvent inefficace pour résoudre le litige. Cette inefficace semble être due à ce que ce droit est généralement un droit en guise de solution au litige (Section I), ce qui conduit à la persistance du litige (Section II).

#### **Section I**

##### **Un droit en guise de solution au litige**

Le droit imposé par le juge ne résout pas souvent le litige en ce qu'il est généralement contraire aux intérêts des parties (Paragraphe I), et aussi que ces dernières ne comprennent pas fréquemment les décisions de justice (Paragraphe II)

##### **Paragraphe I : Un droit contraire aux intérêts des parties**

« *Pour diverses raisons, la réponse du juge peut ne pas satisfaire les parties* »<sup>95</sup>. Il semble bien que l'une de ces raisons est le droit imposé par le juge. Un tel droit ne résout pas toujours le litige parce que souvent contraire aux intérêts des parties. Il en est ainsi parce que les parties soumettent leurs prétentions au juge en espérant généralement remporter chacune le gain de la cause (A). Mais à l'issue du procès leurs prétentions s'en trouvent souvent insatisfaites (B).

##### **A- L'intransigeance des prétentions**

Les prétentions sont les revendications contenues dans la demande initiale par laquelle un justiciable prend l'initiative d'un procès. Le procès conduit à l'analyse de ces prétentions par le juge qui les dira bien ou mal fondées. Mais avant la décision du juge, toutes les parties doivent être entendues. Et il est rare que le défendeur acquiesce les prétentions du demandeur. Il s'y oppose souvent en discutant du bien-fondé desdites prétentions. En outre, le défendeur ne se limite pas

---

<sup>95</sup> L. CADJET, *Droit Judiciaire Privé*, op. cit, p. 661

en général à la discussion du bien-fondé des prétentions du demandeur ; il émet ses propres prétentions qui sont déduites de ses conclusions en défense.

Etant donné que nul ne doit se rendre justice à soi-même, le procès devient le cadre où se déroule un véritable combat devant le juge. Un tel combat tire sa source des intérêts complètement opposés. Plusieurs auteurs ont développé cette idée. Ainsi pour Gérard CORNU et Jean FOYER dans leur ouvrage Procédure civile, le procès civil est représenté comme « *une querelle de plaideurs devant un juge, une sorte de combat en vue d'un avantage (le gain de la cause) qui n'est plus guerre privée mais lutte judiciaire* », et qu'il est « *semblable à un drame qui va par actes et tableaux, vers son dénouement, à un jeu où les partenaires s'affrontent pour gagner* »<sup>96</sup>. Loïc CADIET, Jacques NORMAND, et Soraya AMRANI MEKKI expliqueront l'étude de Jean Carbonnier sur la question dans Théorie générale du procès. Selon eux, Jean CARBONNIER trouve que le procès est le siège de deux attitudes opposées : une attitude optimiste et une attitude pessimiste. L'attitude optimiste voit dans le procès la réalisation bienfaisante du droit. Quant à l'attitude pessimiste, elle assimile le procès au crime et à la guerre, à une forme de combat entre deux chiens<sup>97</sup>. Et c'est plus cette dernière connotation que prend le procès lorsque les parties sont intransigeantes sur leurs prétentions. Cette intransigeance des parties ne favorise pas la résolution du litige par le droit imposé par le juge.

Mais ce n'est pas seulement l'intransigeance des parties qui ne favorise pas la résolution des contestations. Il y a aussi l'insatisfaction des prétentions.

---

<sup>96</sup> G. CORNU et J. FOYER, op. cit, p. 355

<sup>97</sup> L'attitude optimiste voit dans le procès la réalisation bienfaisante du droit. Dans cette conception, héritée du droit romain et qu'exprime Ihering au 19<sup>e</sup> siècle à travers sa thèse du *Kampf um's recht* du "combat pour le droit", le procès n'est que la projection du droit, la garantie du droit, la garantie des droits de l'homme et dans un système de droit libéral et individualiste, les juristes ne peuvent que professer une confiance complète dans le mécanisme du procès. Quant à l'attitude pessimiste, elle trouve sa source dans le Nouveau Testament et s'épanouira au XVII<sup>e</sup> siècle avec le Jansénisme : Domat qui était magistrat, voyait dans les procès, les crimes et les guerres, les trois sortes de troubles qui blessent l'ordre de la société. Cette assimilation du procès, du crime et de la guerre est à rapprocher de ce que dit Jean Carbonnier du procès, sociologiquement : une forme de combat entre deux chiens, si l'on en croit l'idéogramme chinois représentatif du jugement. Dans cette conception agonistique, dont Jean Carbonnier pense qu'elle se retrouve à notre époque, le procès est, comme le droit un mal, une sorte d'excroissance parasite qui a poussé sur le droit d'où une faveur certaine à l'égard des arrangements amiables... Voir L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2<sup>e</sup> édition, Paris, PUF, 2013, p. 307

## **B- L'insatisfaction des prétentions**

« Pour diverses raisons, la réponse du juge peut ne pas satisfaire les parties »<sup>98</sup>.

Certaines de ces raisons peuvent être :

- L'intransigeance des parties sur leurs prétentions
- L'ignorance des parties de ce que lorsqu'elles ont la libre disposition de leur droit, elles peuvent : premièrement, lier le juge en s'accordant sur les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat<sup>99</sup>, et deuxièmement, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge la mission de statuer comme amiable compositeur.<sup>100</sup>

Ces raisons peuvent conduire à l'application d'un droit qui ne satisfait pas les intérêts des parties ou au moins de l'une d'entre elle. Il en est de même lorsque les parties se passent des services des Avocats qui sont des spécialistes de la chose juridique à même de défendre leurs intérêts devant les Tribunaux. Et c'est certainement pourquoi la Loi dispose que même si les parties peuvent se dispenser de la constitution d'avocat en première instance, « devant la cour d'appel, les personnes physiques, ne peuvent comparaître qu'en étant représentées ou assistées par un avocat. Les personnes morales privées ou publiques ne peuvent comparaître qu'en étant représentées par un avocat »<sup>101</sup> et que « devant la cour suprême, la représentation des parties est exclusivement assurée par les avocats »<sup>102</sup>. L'on pourrait alors présumer que c'est pour résorber entre autres cette situation qui semble aussi favoriser l'application d'une règle de droit imposée par le juge et dont la solution ne contente pas toujours les parties.

Ce n'est pas uniquement les circonstances conduisant à l'application d'un droit contraire aux intérêts des parties qui entraînent la persistance du litige. Il y a aussi les difficultés des parties à comprendre les décisions de justice.

---

<sup>98</sup> Loïc Cadiet, *Droit Judiciaire Privé*, op. cit, p. 661

<sup>99</sup> Article 13 al. 3 du CPCCSAC

<sup>100</sup> Article 13 al. 4 du CPCCSAC

<sup>101</sup> Article 23 al. 2 du CPCCSAC

<sup>102</sup> Article 23 al. 3 du CPCCSAC

## **Paragraphe II : Les décisions de justice incomprises des parties**

Les parties ont souvent des difficultés à comprendre les décisions de justice parce que l'application du droit pour trancher leur litige est en déphasage avec les réalités sociologiques d'une part (A), et la façon dont les décisions sont rendues ne facilite pas leur compréhension d'autre part (B).

### **A- L'application d'un droit en déphasage avec les réalités sociologiques des parties**

Henri BATIFFOL, en faisant une synthèse des thèmes durkheimiens appliqués au droit, estime que : *« le phénomène juridique premier est la coutume, dont le caractère social est plus manifeste en raison de sa formation spontanée (...) la loi apparaît moins directement comme un fait social, parce qu'elle est œuvre volontaire ; mais son objectif doit être de lire dans les faits sociaux les règles qu'elle doit consacrer, au besoin en les aménageant ; il en va de même de la jurisprudence. (...) l'activité du législateur et du juge est à son tour un phénomène social justiciable des mêmes méthodes que le droit spontané. Il résulte de pression sociale sur la conscience des législateurs ou juges. On doit donc y retrouver l'expression de la conscience collective. (...) Le droit étant le produit de la conscience collective est lié à la société, en ce double sens que tout droit est engendré par la société (...) »*<sup>103</sup>.

Malheureusement, le législateur béninois ne lit pas généralement dans les faits sociaux les règles qu'il doit consacrer. Effectivement, il copie et consacre le plus souvent les règles engendrées par les sociétés occidentales.

A titre illustratif, on peut citer la Loi N° 2002-07 portant Code des Personnes et de la Famille en République du Bénin qui a consacré des normes du Code Civil Français qui selon l'histoire a été écrit par quatre juristes : Tronchet et Bigot de Préameneu qui ont rédigé ledit Code promulgué le 21 mars 1804 en tenant compte du droit coutumier du Nord de la France, et Portalis et Malleville le droit écrit du Sud. Les règles du Code civil ont été donc préférées par le législateur béninois au

---

<sup>103</sup><http://fr.wikipedia.org/wiki/Sociologiedudroit>

détriment du Coutumier du Dahomey, un document qui fait la synthèse des règles coutumières béninoises.

De tels droits consacrés par le législateur n'ont rien à voir avec la conscience collective de la société béninoise et ne sont donc pas liés à cette dernière. Ceci fait que le justiciable béninois à qui ces normes, qui sont en déphasage avec ses réalités socioculturelles sont appliquées l'accepte difficilement.

### **B- Un prononcé de jugement ne rencontrant pas toujours l'entendement des parties**

L'article 524 du Code des Procédures du Bénin dispose « *Les décisions contentieuses sont prononcées publiquement et les décisions gracieuses hors de la présence du public, le tout sous réserve des dispositions particulières de la loi* ». Et les articles 526 à 528 du même Code exposent les éléments du jugement parmi lesquels figurent les motifs en faits et en droit, précédés d'un résumé des prétentions des parties et le dispositif. Gérard CORNU et Jean FOYER, en ce qui concerne le mode de prononciation du jugement, soutiennent que « *A haute voix, le président dit les motifs et le dispositif ...* ». Ils ajoutent que « *le texte prononcé doit comporter des motifs et un dispositif* »<sup>104</sup>.

Cependant, dans la pratique, il est loisible de constater que les juridictions béninoises notamment celles de première instance et de la cour d'appel se cantonnent uniquement au prononcé du dispositif en délaissant les motifs, alors qu'elles doivent au moins dire les motifs et le dispositif conformément à la loi. Car ce sont les motifs qui déterminent la décision qu'est le dispositif, et les parties surtout celle succombante doit savoir pourquoi elle a été condamnée ou déboutée. Ces parties, lors du prononcé des décisions de justice, n'ont aucune idée des raisons de fait et de droit qui conduisent à ladite décision. Ceci fait que le justiciable qui succombe ne comprend pas immédiatement la décision du juge.

Par ailleurs, d'une part, le vocabulaire juridique n'est pas accessible à tout le monde, et le juge ne prend pas souvent le temps d'expliquer sa décision au

---

<sup>104</sup> G. CORNU et J. FOYER, op. cit, pp. 436 et 437

justiciable. D'autre part, la langue de travail au Bénin étant le français, les décisions de justice sont prononcées en français, langue que les justiciables n'appréhendent pas généralement car la population étant à majorité analphabète. Mais aujourd'hui, ces difficultés semblent être un tant soit peu résorbées par l'obligation faite aux parties par le législateur à travers le Code des procédures de constituer un avocat à partir des procédures d'appel.

Cette solution du juge issue de décisions de justice incomprises des parties et d'un droit contraire aux intérêts de ces dernières laisse généralement subsister le litige.

## **Section II**

### **Une solution laissant subsister le litige**

Le litige résiste souvent à la solution du juge issue de l'application d'un droit imposé par ce dernier. Cette résistance se remarque d'une part dans la formation même du litige, et d'autre part au travers des voies de recours. C'est pourquoi, il sera étudié d'abord la persistance du litige en raison des motifs de sa formation (Paragraphe I) et ensuite, au travers des voies de recours (Paragraphe II).

#### **Paragraphe I : La persistance du litige en raison des motifs de la formation même du litige**

Les origines du litige peuvent fortement favoriser sa persistance. Et cette persistance de la contestation découle de la résistance à des prétentions (A), et l'application d'un droit contesté (B)

##### **A- La résistance à des prétentions, source de litige**

Lorsqu'une personne a une prétention à laquelle s'oppose une autre, celle qui prétend s'y opposer recourt à justice en se constituant demandeur ; le litige prend ainsi forme. A l'issue de l'instance, il arrive souvent que le juge dans sa décision donne raison à une partie en estimant que ses prétentions sont fondées. Dans ce cas,

la partie déboutée a toujours le droit de s'opposer aux prétentions de son adversaire consacrées par un jugement, par des voies de recours.

En dehors de la résistance à des prétentions, l'application même du droit peut être source de litige.

### **B- L'application d'un droit, source de litige**

L'application d'un droit peut devenir source de contestation. En effet, « *la règle de droit n'est pas toujours d'application simple ni toujours spontanément obéie* »<sup>105</sup>. Ainsi, d'une part, le litige peut naître d'un doute sur l'application de la règle de droit. Les litigants peuvent s'opposer sur une question de droit qui peut être l'existence de la règle de droit applicable à l'espèce, ou son interprétation, ou sur une question de fait qui peut être l'établissement des circonstances de l'espèce, la preuve d'un fait, l'évaluation d'une chose ou d'un dommage, ou même encore une question mélangée de fait et de droit qui peut se révéler en la qualification d'un fait, faute ou injure grave. D'autre part, une question peut devenir litigieuse encore que non douteuse raisonnablement. La malignité suscite seule, la querelle, soit qu'une partie émette une prétention téméraire, qu'il sait pertinemment mal fondée, par esprit de chicane ou pour obtenir un avantage sans droit, soit que l'autre oppose à une prétention qu'il sait légitime, une résistance purement dilatoire, tactique ou malveillante. La malice se poursuivant peut trouver, dans le procès, la sanction spécifique de l'abus des voies de droit<sup>106</sup>.

La résistance du litige ne se note pas seulement à travers la formation même du litige ; mais elle se remarque aussi par une étude des voies de recours.

### **Paragraphe II : La persistance du litige à travers les voies de recours**

Une étude des voies de recours montre qu'elles constituent un mécanisme salubre pour la partie succombante (A). Cependant, elles semblent aussi être un mécanisme qui perpétue le litige. (B)

---

<sup>105</sup> G. CORNU et J. FOYER, op. cit, p. 33

<sup>106</sup> G. CORNU et J. FOYER, op. cit, pp. 33 et 34

### **A- Les voies de recours, un mécanisme salutaire**

Le plaideur, totalement ou partiellement débouté, a la faculté d'obtenir d'un autre juge un réexamen de l'affaire par l'exercice d'un recours, défini comme un instrument procédural permettant de critiquer un acte juridictionnel, en contestant soit un mal jugé en fait ou en droit, soit un mal jugé par rapport aux règles de procédure. L'exercice d'une voie de recours est un remède fondamental contre l'erreur judiciaire, puisqu'il permet d'anéantir, le cas échéant, le jugement attaqué. L'Etat répare le dommage causé par le fonctionnement défectueux du service de la justice sans que cela remette en cause la décision de justice critiquée<sup>107</sup>.

Bien que les voies de recours soient à priori salutaire, et surtout pour la partie succombante, elles semblent perpétuées le litige.

### **B- Les voies de recours, un mécanisme perpétuant le litige**

« *Le jugement tranche la question litigieuse, mais s'il met un terme à l'instance en cours, en dessaisissant le juge de la contestation tranchée, il ne met pas forcément fin au procès* »<sup>108</sup>. Car « *pour diverses raisons, la réponse du juge peut ne pas satisfaire les parties* »<sup>109</sup>. Il est donc de tradition d'accorder aux parties le droit de soumettre le même litige à une juridiction supérieure afin de critiquer le jugement et d'obtenir que la question soit à nouveau tranchée. Les voies de recours sont instituées pour mettre en œuvre ce droit. Le CPCSSAC lui consacre un titre entier : le titre IV du livre des dispositions communes à toutes les juridictions qui va de l'article 607 à l'article 712. Ces voies de recours instituées par le Code sont subdivisées en voies de recours ordinaires et en voies de recours extraordinaires. Elles sont au nombre de cinq (05) à savoir l'opposition et l'appel qui sont des voies de recours ordinaires, et la tierce opposition, le recours en révision et le pourvoi en cassation qui sont des voies de recours extraordinaires.

---

<sup>107</sup> N. FRICERO, op. cit p. 105

<sup>108</sup> L. CADIET, *Droit Judiciaire Privé*, op. cit, p. 661

<sup>109</sup> L. CADIET, *ibidem*

« A vrai dire, la liste des voies de recours est plus longue que ne le laisserait soupçonner l'énumération classique »<sup>110</sup>. Ainsi, on peut citer en plus quelques unes, telles que le référé devenu un recours en matière d'ordonnance sur requête : « tout intéressé peut se référer au juge qui a rendu l'ordonnance »<sup>111</sup> ; l'opposition qui peut être formée par le débiteur contre l'injonction de payer<sup>112</sup> ; les recours en interprétation et rectification matérielle<sup>113</sup> ; Ces voies de recours permettent aux parties d'obtenir un nouvel examen de leur affaire. Mais à l'analyse, chaque fois que les parties empruntent une voie de recours, cela témoigne de la résistance du litige à une règle de droit imposée par le juge.

S'il est juste de dire que le litige ne saurait résister à la Cour Suprême, on peut aussi noter que même si « les décisions de la Cour Suprême ne sont susceptibles d'aucun recours »<sup>114</sup>, l'exécution de ces décisions peut être objet de litige. Le CPCCSAC le montre bien.

Le code prévoit en effet que l'exécution forcée des jugements et arrêts peuvent donner lieu à des difficultés, des incidents et des contestations. Et tous litiges ou toutes demandes relatives à une mesure d'exécution forcée sont soumises au juge de l'exécution même si elles portent sur le fond du droit<sup>115</sup>. En outre, il semble bien que le législateur béninois a institué le juge de l'exécution parce qu'il est évident que la solution donnée par le juge pour trancher un litige laisse subsister des contestations qui surviennent lors de l'exécution de ladite solution.

L'on peut donc remarquer que les décisions des juges du fond au travers de règles de droit imposées, peuvent ne pas faire disparaître l'opposition des contestations.

---

<sup>110</sup> J. VINCENT, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 25<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz, 1999, p. 903

<sup>111</sup> Article 564 al. 2 du CPCCSAC

<sup>112</sup> Article 9 de l'Acte Uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, 4<sup>e</sup> édition, 2012, Juriscope.

<sup>113</sup> Articles 532, 533, 1192 et 1194 du CPCCSAC

<sup>114</sup> Article 131 al. 3 de la Loi n°90-32 du 11 Décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin

<sup>115</sup> Articles 583 à 585 du CPCCSAC

## *Conclusion de la première partie*

Les différentes démonstrations qui précèdent ont effectivement administré la preuve que le droit applicable par le juge est insuffisant à la résolution du litige. En effet, les deux 1<sup>ers</sup> alinéas de l'article 13 du Code des procédures obligent le juge à imposer un droit applicable au litige, à travers la qualification et la requalification des faits. C'est de l'opération juridique qu'est la qualification que ressort le droit applicable. Et même si les parties peuvent participer en concours avec le juge à la qualification des faits et actes litigieux qu'elles soumettent à ce dernier, le juge a le devoir, en cas de qualification erronée des parties, de donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux, en procédant à une requalification. Ce pouvoir de requalification exclusif du juge montre bien qu'il impose la règle applicable qu'il juge convenir à la résolution d'une contestation en évinçant toutes normes inadéquates que les parties auraient proposées par leur qualification des faits. Cette imposition du droit applicable est d'une part, liée à l'office du juge qui est au service de la sécurité juridique et sous contrôle de certaines juridictions, et d'autre part, liée au rejet de l'équité dans la conception de la décision du juge, pour des raisons historiques et théoriques. Il faut dire que le juge peut imposer le droit applicable lorsqu'il est en absence ou en présence d'un fondement juridique invoqué par les parties. Dans ces deux conditions, son obligation d'imposer la norme applicable est soit entière ou atténuée.

L'insuffisance du droit applicable par le juge à la résolution du litige est manifeste, en ce que l'application du droit imposé par le juge s'avère souvent inefficace à la résolution du litige en ce sens que d'abord il est un droit en guise de solution au litige, et ensuite, la solution issue d'un tel droit laisse subsister le litige. Il est un droit en guise de solution au litige en ce qu'il est un droit contraire aux intérêts des parties et les décisions de justice sont généralement incomprises de ces dernières. La solution issue de l'application de ce droit par le juge laisse également persister le litige en raison des motifs de formation même du litige et à travers les voies de recours.

Cependant, l'idée de justice étant de résoudre réellement le litige, le législateur a prévu d'autres mécanismes à travers les deux derniers alinéas de l'article 13 du Code des procédures pour y mettre définitivement fin.

## ***DEUXIEME PARTIE***

### **La mise en œuvre par les parties de moyens adéquats à la résolution du litige**

Les moyens mis en œuvre par les parties pour trouver une solution à leur contestation s'observent généralement au cours des différends qu'elles soumettent au juge étatique. Car le litige soumis au juge peut avoir ou non des attaches avec plusieurs Etats. C'est pourquoi, il sera analysé dans un premier temps, les systèmes mis en place par les parties pour mettre fin à une contestation présentant au moins un élément d'extranéité (Chapitre I), et dans un second temps, dans un litige ne montrant aucun élément d'extranéité (Chapitre II).

## ***Chapitre I***

### **Les moyens des parties en présence d'éléments d'extranéité**

Pour la résolution de leur litige porté devant un tribunal étatique et présentant un élément d'extranéité, les parties ont le pouvoir de choisir la loi applicable. Ce choix de la loi applicable se fait en droit international privé en matière testamentaire, des régimes matrimoniaux et des contrats. Mais les contrats internationaux seront mis en exergue parce que c'est dans ce domaine que l'élection de droit par les parties est généralement répandue. Il sera alors étudié l'élection de droit (Section II). Mais au préalable, le contrat litigieux doit être international (Section I).

#### **Section I**

##### **Le préalable à l'élection de droit**

Le caractère international du contrat est un préalable exigé à la possibilité de l'élection de droit par les parties. Il conviendra donc d'étudier l'exigence préalable du caractère international du contrat (Paragraphe I), et sa détermination (Paragraphe II).

##### **Paragraphe I : L'exigence préalable du caractère international du contrat**

Sur le préalable de la nécessité du caractère international du contrat à l'élection du droit par les parties, un débat se pose en droit international privé sur l'admission de l'internationalisation du contrat interne (A), ou de son rejet (B)

###### **A- L'admission de l'internationalisation du contrat interne**

Pour certains auteurs, un contrat interne peut être internationalisé par l'élection de droit par les parties. Ainsi, CURTI-GIALDINO dans un cours à l'Académie de droit international privé de la Haye soutient d'une part que « *bien qu'il puisse sembler tout à fait naturel que les contrats internes soient prévus par les normes internes, il serait arbitraire d'estimer que le système de droit international privé de*

*la lex fori, en se basant sur des raisons d'opportunité, ne puisse en décider, attribuant à des circonstances déterminées, extérieures au contrat en question mais connexes (pour ce qui nous intéresse, la désignation de la loi étrangère de la part des contractants), l'effet de rendre compétent une loi étrangère»<sup>116</sup>.*

Il précise d'autre part que « *d'un point de vue substantiel, il faut remarquer que le fait de déroger aux normes nationales impératives applicables au contrat interne, aurait un caractère si particulier que l'ordre juridique n'en serait que bien peu troublé. C'est une constatation évidente que cette dérogation ne concerne pas seulement quelques unes des normes en question, mais toutes en bloc, en même temps que les autres faisant ainsi partie de la loi nationale ; il est également évident qu'il s'en suit, au lieu d'un vacuum de droit impératif, l'application d'un système normatif différent – celui que les contractants ont désigné – qui contient son propre groupe de normes impératives et prohibitives auxquelles les parties ne peuvent se soustraire»<sup>117</sup>. Ainsi, pour Jean-Christophe POMMIER, « *l'internationalisation du contrat interne par la seule volonté des parties serait admise»<sup>118</sup>. Il faut noter que de surcroît, la Convention de Rome abonde dans ce sens par son article 3, alinéa 3 et dispose que : « *Le choix par les parties d'une loi étrangère, assorti ou non d'un tribunal étranger, ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par ce contrat, ci-après dénommées dispositions impératives »<sup>119</sup>.***

Mais cette admission de l'internationalisation du contrat interne par l'élection de droit a été fortement réfutée.

---

<sup>116</sup> CURTI-GIALDINO cité par J-C. POMMIER, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Série : Etudes et Recherches, Paris, édition Economica, pp. 131 et 132

<sup>117</sup> CURTI-GIALDINO cité par J-C. POMMIER, op. cit., pp. 132 et 133

<sup>118</sup> J-C. POMMIER, op. cit., p. 133

<sup>119</sup> Décret n°91-242 du 28 février 1991 portant publication de la convention loi applicable aux obligations contractuelles (ensemble un protocole et deux déclarations communes), signées à Rome le 19 juin 1980, V. Annexe 3

## **B- Le rejet de l'internationalisation du contrat interne**

*« Le contrat de choix n'est autorisé que pour les seuls contrats réellement internationaux. C'est en ce sens qu'une doctrine dominante, une jurisprudence cependant assez rare, des codifications nationales se prononcent. La volonté des parties au contrat ne doit ainsi pas être le seul élément d'internationalité du contrat, qu'elle s'exprime expressément ou tacitement »<sup>120</sup>.*

La convention de la Haye de 1955 a été orientée dans ce même sens. Elle dispose ainsi dans son article 1 alinéa 4 que : *« La seule déclaration des parties, relative à l'application d'une loi ou à la compétence d'un juge ou d'un arbitre, ne suffit pas à donner à la vente le caractère international au sens de l'alinéa 1 du présent article »<sup>121</sup>.*

Selon des auteurs et arrêt cités par Jean-Christophe POMMIER dans son ouvrage Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel, *« ce n'est pas la soumission à une loi étrangère qui confère le caractère international à un contrat ; c'est au contraire le caractère international d'un contrat qui justifie le jeu de la loi d'autonomie ; dans la logique, c'est l'internationalité d'un contrat qui commande le droit de choisir la loi le gouvernant et non l'inverse »<sup>122</sup>. Au demeurant, la qualification d'un acte est nécessairement objective et ne dépend pas de la volonté des parties mais des caractères intrinsèques de l'acte lui-même<sup>123</sup>. Quant à Pierre MAYER et Vincent HEUZE, après avoir défini d'un point de vue objectif la relation internationale comme étant *« la relation qui met en cause deux ou plusieurs pays, par ses éléments intrinsèques (ces éléments étant définis comme pouvant constituer des éléments d'extranéités)*. Ainsi sont objectivement internationales la relation matrimoniale entre un Italien et une Anglaise, la relation entre les héritiers français d'une succession comprenant des immeubles en Suisse, etc. Le point de vue, ici, est dit objectif parce que le rattachement à deux ou plusieurs pays existe en soi, avant tout recours en justice,*

---

<sup>120</sup> JC. POMMIER, op. cit, p. 134

<sup>121</sup> Convention de la Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels en date du 15 juin 1955, V. Annexe 4

<sup>122</sup> JC. POMMIER, op. cit, p. 136

<sup>123</sup> DE GRANDCOURT cité par JC. POMMIER, ibidem

*toute saisine d'un organe étatique quelconque, et se laisse même constater par un observateur extérieur à tout ordre juridique. Si un organe est saisi, quel qu'il soit, son appréciation du caractère international ou non, en ce sens, de la relation ne peut varier*<sup>124</sup>. Ils soutiennent que « *permettre, sans limitation, aux parties à un contrat purement interne de choisir comme lex contractus la loi d'un autre Etat reviendrait à ruiner entièrement l'autorité de chaque loi. Le droit français des contrats serait réduit à un ensemble de dispositions supplétives s'il suffisait aux parties à qui il ne convient pas d'en choisir un autre. L'idée de la loi d'autonomie a toujours été associée à celle de contrat international* »<sup>125</sup>.

De tout ce qui précède, il faut donc que le contrat soit international avant que les parties aient la possibilité de choisir la loi applicable. Cependant, il est admis en droit international privé par la Convention de Rome que les parties à un contrat interne à un pays donné peuvent désormais le soumettre à la loi d'un autre pays, lorsque tous les éléments de la situation sont localisés au moment du choix dans un seul pays, et que le choix d'une autre loi ne porte pas atteinte aux dispositions impératives de la loi du premier pays<sup>126</sup>.

Mais comment déterminer le caractère international du contrat ?

## **Paragraphe II : La détermination du caractère international du contrat**

M. LAGARDE lors de la présentation de l'Avant-Projet de Convention C.E.E. au Comité français de droit international privé déclarait « *il est à peu près impossible de définir ce qu'on entend par contrat international* »<sup>127</sup>. « *En effet, la définition du contrat international a toujours donné lieu à des discussions très controversées. Car d'une part, il n'est pas certain qu'une définition unique applicable à l'égard des différents contrats puisse être trouvée, sauf pour elle à être si vague et imprécise que sa généralité ne serait d'aucune utilité, car la spécificité*

---

<sup>124</sup> P. MAYER et V. HEUZE, *Droit International Privé*, 10<sup>e</sup> édition, Paris, Montchrestien Lextenso, 2010, p. 4

<sup>125</sup> P. MAYER et V. HEUZE, op. cit, pp. 541 et 542

<sup>126</sup> P. MAYER et V. HEUZE, op. cit, p. 542

<sup>127</sup> LAGARDE, « examen de l'Avant-Projet C.E.E. » cité par JC. POMMIER, op. cit, p. 141

*de la matière risque d'exercer une incidence sur celle-ci. D'autre part, la détermination des critères significatifs de l'internationalité du contrat reste délicate compte tenu de la variété et complexité des contrats, et peut conduire à omettre un contrat atypique qui, cependant, présente un caractère international »<sup>128</sup>. Et c'est pourquoi, bien qu'il y ait un critère juridique de l'internationalité du contrat en vue de l'application de l'autonomie de la volonté (A), l'on connaît un critère supplémentaire (B).*

### **A- Le critère juridique de l'internationalité du contrat**

Le critère juridique de l'internationalité du contrat est l'existence d'un conflit de loi.

*« Selon une définition adoptée par une partie de la doctrine française et certains arrêts, est international le contrat se rattachant à des normes juridiques émanant de plusieurs Etats.*

*Le contrat est donc international lorsqu'il entretient des liens avec plus d'un système juridique. De facto, l'existence d'une pluralité de rattachement rend envisageable l'application de plusieurs lois pour résoudre la question de droit litigieuse : un conflit de lois existe donc »<sup>129</sup>. D'après les termes du rapport Giuliano-Lagarde cité par M. POMMIER, le contrat n'est international qu'en présence de « situations qui comportent un ou plusieurs éléments d'extranéités par rapport à la vie sociale interne d'un pays (...) donnant aux systèmes juridiques de plusieurs pays vocation à s'appliquer »<sup>130</sup>. Un critère juridique est donc retenu comme condition d'exercice de rattachement de la volonté des parties. Si le critère juridique qui suppose que la situation comporte un ou plusieurs éléments d'extranéités, fait défaut, le contrat n'est donc pas international, et la liberté des parties de choisir une loi applicable ne peut alors s'exercer. Ainsi, la réserve nécessaire du contrat purement interne oblige le juge à examiner la localisation objective du contrat. Il doit alors constater que le contrat a des liens objectifs avec tels ou tels Etats, lui conférant un caractère international préalable à l'electio juris.*

---

<sup>128</sup> JC. POMMIER, op. cit, pp. 141 et 142

<sup>129</sup> JC. POMMIER, op. cit, p. 143

<sup>130</sup> JC. POMMIER, op. cit, p. 144

Même si le droit conventionnel auquel les parties se réfèrent souvent en droit international privé, c'est-à-dire la convention de la Haye de 1986<sup>131</sup> et celle de Rome de 1980<sup>132</sup>, n'a pas choisi parmi différents critères ceux qui révéleraient le caractère international du contrat (nationalités différentes des contractants ; domicile, résidence habituelle, établissement des parties situé dans des Etats différents ; lieu de conclusion ou d'exécution du contrat à l'étranger, ...), le juge doit procéder à une localisation objective quantitative pour comptabiliser les différents points de rattachements avec divers ordres juridiques. La présence même d'un seul élément d'extranéité suffirait à créer un conflit de lois, rendant applicable la convention qui, en présence d'une volonté déclarée, autorise l'*electio juris*<sup>133</sup>.

Mais afin de retenir l'internationalité de plus de contrats, ce critère juridique a été complété par un autre critère.

## **B- Le critère supplémentaire de l'internationalité du contrat**

Le critère supplémentaire de l'internationalité du contrat est le critère économique retenu par la jurisprudence française. En effet, la jurisprudence française a été amenée, à propos des clauses de paiement en or ou en monnaie étrangère insérées dans les contrats, à élaborer la théorie dite du paiement international<sup>134</sup>. « *Selon cette théorie proposée par le Procureur Général MATTER dans ses conclusions sous l'affaire Pelissier-du-Besset, pour qu'un paiement puisse bénéficier de clauses de garanties de change, il faut qu'il soit lié à un contrat international impliquant une circulation internationale de valeur, un flux et un reflux au-dessus des frontières* »<sup>135</sup>. Il en est ainsi par exemple dans un emprunt, lorsqu'un Etat, une société ou un particulier, emprunte à l'étranger des fonds qu'il utilisera dans son pays de telle sorte que le prêteur devra normalement recevoir son

---

<sup>131</sup> Convention de la Haye sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises en date du 22 décembre 1986, V. Annexe 5

<sup>132</sup> Décret n°91-242 du 28 février 1991 portant publication de la convention loi applicable aux obligations contractuelles (ensemble un protocole et deux déclarations communes), signées à Rome le 19 juin 1980, V. Annexe 3

<sup>133</sup> JC. POMMIER, op. cit, p. 145

<sup>134</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit International Privé*, 9<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz, 2007, pp. 528 et 529

<sup>135</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, op. cit, p. 529

remboursement de l'étranger ou aller l'y chercher, ou bien lorsque l'emprunteur qui émet le prêt dans le pays de son siège social a son centre d'exploitation dans un autre, de telle sorte que la somme empruntée est affectée naturellement à un emploi à l'étranger<sup>136</sup>.

Cette jurisprudence "affaire Pellissier-du-Besset" a abouti à dissocier la notion de contrat international au sens de la théorie monétaire de celle de contrat selon la théorie du conflit de lois<sup>137</sup>. « *En vertu du critère économique retenu, le caractère de contrat ou de règlement international est en effet reconnu à des contrats qui pourtant, parce qu'ils ne présentent pas d'élément d'extranéité, doivent être du point de vue du conflit de lois, considérés comme des contrats internes et soumis à ce titre à la loi française* »<sup>138</sup>.

M. POMMIER fait une analyse des critères juridique et économique de l'internationalité du contrat. Pour lui, le critère juridique apparaît plus large que le critère économique, mais le critère économique n'est pas nécessairement plus étroit que le critère juridique. En effet, à ses dires d'une part, le critère juridique semble englober le critère économique. Car un contrat économique international l'est aussi nécessairement juridique. Comme le notait M. GOLDMAN cité par M. POMMIER, « *lorsqu'un contrat est l'instrument des échanges ou de la production internationaux, il comportera nécessairement aussi des rattachements juridiques multinationaux, notamment parce que le vendeur et l'acheteur seront domiciliés en des Etats différents, ou que l'investisseur relèverait d'un Etat autre que celui où il investit ou encore que la marchandise vendue proviendrait d'un pays autre que celui où elle est livrée* »<sup>139</sup>. Et d'autre part, pour démontrer que le critère économique n'est pas nécessairement plus étroit que le critère juridique, M. POMMIER explique que dans le cas d'un contrat passé entre un acheteur et un vendeur établis dans un même pays et dans lequel existe un mouvement de capitaux ou de marchandises au-dessus des frontières, si un critère juridique est retenu, il

---

<sup>136</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *ibidem*

<sup>137</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *ibidem*

<sup>138</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *ibidem*

<sup>139</sup> GOLDMAN cité par J.C. POMMIER, *op. cit.*, pp. 150 et 151

caractériserait ce contrat de contrat interne alors qu'un critère économique déterminerait l'internationalité dudit contrat<sup>140</sup>.

Mais il est nécessaire de noter qu'au-delà de tout, la qualification du contrat exige une double approche économique et juridique. Dans sa complémentarité, elle permet la certitude de l'internationalité du rapport juridique<sup>141</sup>. « Ainsi pour l'application d'une convention internationale, le juge pourrait-il se référer aux solutions d'un arrêt de la cour d'appel de Toulouse en date du 26 Octobre 1982 qui présente excellemment cette méthode cumulative déjà plusieurs fois utilisée par la jurisprudence française : *“Attendu que si chacun de ces caractères (juridique et économique) a pu être considéré comme suffisant en lui-même pour établir le caractère international d'une convention, ces deux caractères paraissent difficilement détachables l'un de l'autre et c'est leur conjonction qui caractérise le mieux l'extranéité”* »<sup>142</sup>.

Lorsque le caractère international du contrat est certain, les parties peuvent choisir la loi applicable.

## **Section II**

### **L'élection de droit**

Le principe de l'élection de droit a été acquis pour la première fois en Angleterre en 1760 par l'arrêt *Robinson C/ Bland*. Et c'est seulement en 1910 que la Cour de cassation, dans l'arrêt *American Trading Co*, a consacré la loi d'autonomie<sup>143</sup>. Selon l'arrêt *American Trading C<sup>o</sup> C/ Québec Steamship C<sup>o</sup>*, *« la loi applicable aux contrats est celle que les parties ont adoptée »*<sup>144</sup>.

Cet arrêt a inspiré la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, conclue entre les Etats membres de la Communauté

---

<sup>140</sup> V. à ce propos note de bas de page in J-C. POMMIER, op. cit, p. 151

<sup>141</sup> JC. POMMIER, op. cit, p. 15

<sup>142</sup> JC. POMMIER, ibidem

<sup>143</sup> P. MAYER et V. HEUZE, op. cit, p. 511

<sup>144</sup> Civ. 5 déc. 1910. Arrêt n°11 Cour de cassation, B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz, 2006, p. 94

Européenne et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> Avril 1991. Cette Convention est applicable à tous contrats postérieurs à cette date. Elle présente un caractère universel, en ce sens que la loi qu'elle désigne s'applique même si elle est celle d'un Etat non contractant<sup>145</sup>.

Il est donc acquis que les parties à un contrat international peuvent élire le droit applicable à leur contrat. Mais avant de mettre en application l'élection de droit (Paragraphe II), les parties doivent s'assurer que leur contrat d'élection de droit répond à certaine caractéristique requise en la matière (Paragraphe I).

### **Paragraphe I : La caractéristique de l'élection de droit**

« *Les contrats relèvent de la loi expressément ou implicitement choisie par les parties* ». Cette conception préconisée par Dumoulin dès le XVI<sup>e</sup> siècle a été consacrée par la jurisprudence avec l'arrêt *American trading C/Québec Steamship*<sup>146</sup>.

Le choix peut donc être exprès ou tacite, (A). Mais il faut que la volonté soit certaine. C'est pourquoi la volonté tacite mérite d'être spécifiée (B).

#### **A- La volonté déclarée expresse ou tacite**

Pour M. POMMIER, « *La volonté expresse ou la volonté tacite constitue le rattachement principal. La volonté expresse prime, bien entendu, pour la désignation de la loi applicable au contrat, une élection de droit tacite qui, exceptionnellement, pourrait être dégagée, et constitue donc la volonté déclarée. Ce ne sera qu'à défaut d'une telle volonté déclarée que le juge déterminera subsidiairement la loi objectivement applicable* »<sup>147</sup>.

La volonté déclarée a, toutefois, parfois été entendue strictement, n'étant constituée que de la seule volonté expresse. Ainsi Henri BATIFFOL et Paul LAGARDE soutiennent que « *il pourrait paraître logique, pour éviter toute*

---

<sup>145</sup> P. MAYER et V. HEUZE, op. cit, p. 512

<sup>146</sup> Civ. 5 déc. 1910. Arrêt n°11 Cour de cassation, B. ANCEL et Y. LEQUETTE, op.cit, p. 96

<sup>147</sup> JC. POMMIER, op. cit, p. 97

*incertitude sur la détermination de la loi applicable, de limiter la première branche au cas de choix exprès, sinon l'admission d'un choix tacite, voire inexistant, empêcherait en fait l'application du rattachement légal subsidiaire »<sup>148</sup>. La Cour de cassation française consacre cette conception dans l'arrêt Fourrures Renel, et certains auteurs y sont également favorables. Selon eux, l'établissement d'un dualisme entre choix exprès et défaut de choix, en rejetant les "notions dangereuses" de la volonté tacite ou implicite, éliminerait toute difficulté de tracer de frontière entre les deux termes de l'alternative<sup>149</sup>.*

Néanmoins, la volonté tacite a été retenue, en règle générale. Ainsi déjà avec l'arrêt American trading Co, la jurisprudence a décidé que le choix peut être exprès, résultant d'une clause de la loi, ou tacite, et dans ce cas être révélé par les faits et circonstances de la cause, ainsi que les termes du contrat<sup>150</sup>. Pour Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL et Pascale DEVAREILLES-SOMMIERES aussi, le choix par les parties de la loi applicable peut être explicite ou implicite. Il est explicite lorsque la recherche de l'intention des parties quant à la loi applicable ou à la localisation de l'acte ne soulève généralement pas de difficultés, lorsque la volonté a été exprimée en terme exprès, c'est-à-dire quand les contractants ont pris soin d'insérer une clause particulière désignant la loi qui régit le contrat. Il est implicite lorsque les tribunaux cherchent à induire de certaines manifestations de volontés une référence implicite à la loi adoptée quand l'intention des parties n'est pas clairement exprimée parce que le contrat ne comporte pas une référence explicite à la loi applicable<sup>151</sup>. Cette volonté implicite ou tacite, dans sa fonction de rattachement devant apporter une solution aux conflits de lois, doit être aux dires de M. POMMIER, « *d'une part suffisamment souple pour permettre à un juge ou à un arbitre de tenir compte en l'absence d'un choix exprès, des dispositions du contrat ou de toute circonstance entourant les négociations du contrat, mais, d'autre part suffisamment rigoureuse pour que le juge ou l'arbitre ne puisse valider un choix*

---

<sup>148</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, TOME II, 6<sup>e</sup> édition, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983, p. 269

<sup>149</sup> JC. POMMIER, op. cit, pp. 97 et 98

<sup>150</sup> P. MAYER et V. HEUZE, op. cit, p. 511

<sup>151</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, et P. DE VAREILLES-SOMMIERES, op. cit, p. 504

*des parties que s'il a la certitude que ce choix résulte bien de leur commune volonté qui, pour être implicite, n'en est pas moins réelle »<sup>152</sup>.*

La volonté expresse qui peut être aussi bien écrite qu'orale ne soulève aucun problème majeur, alors que la volonté tacite, pour essayer de fixer une frontière nette entre les deux termes de l'alternative, doit nécessiter un effort de spécification<sup>153</sup>.

### **B- La spécification de la volonté tacite**

La spécification de la volonté tacite s'avère nécessaire parce qu'elle a en commun avec la volonté présumée d'être retenue à défaut de volonté expresse quant au choix de la loi applicable au contrat et d'être toutes deux implicites. Toutefois, alors que la volonté tacite est certes implicite mais réelle, la volonté présumée n'est que pure fiction<sup>154</sup>. La séparation n'est donc pas aisée à établir entre la volonté tacite et la volonté présumée.

Pour ne pas méconnaître la fréquence des contrats dépourvus de choix exprès, mais dont la localisation de fait n'est pas douteuse, la jurisprudence allemande a introduit entre la volonté déclarée et la volonté présumée ou hypothétique, la volonté tacite, c'est-à-dire réelle, quoique non exprimée<sup>155</sup>. Mais la frontière entre les volontés tacite et présumée reste toujours difficile à établir, car on peut passer insensiblement d'un régime à l'autre. « *La jurisprudence de différents Etats confirme ces difficultés, car l'absence de définition claire et précise ne concerne pas seulement la volonté tacite mais aussi la volonté présumée, simple "manteau volontariste pour cacher l'arbitraire du juge" »<sup>156</sup>.*

Aussi, d'après M. POMMIER, « *en vue d'éviter l'arbitraire du juge, pour accroître la certitude du recours au rattachement du choix tacite, et ainsi la protection des parties, les codifications internationales ont-elles établi des formules*

---

<sup>152</sup> JC. POMMIER, op. cit, p. 98

<sup>153</sup> JC. POMMIER, op. cit, p. 101

<sup>154</sup> JC. POMMIER, op. cit, p. 102

<sup>155</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, op. cit, p. 270

<sup>156</sup> JC. POMMIER, ibidem

*se voulant à la fois souples et rigoureuses, retenant la volonté tacite comme volonté déclarée »<sup>157</sup>. Ainsi, l'alinéa 2 de l'article 2 de la Convention de la Haye de 1955 dispose que : « Cette désignation doit faire l'objet d'une clause expresse, ou résulter indubitablement des dispositions du contrat »<sup>158</sup>. L'exégèse de cette formule restrictive du rapporteur de ladite convention, Julliot de la MORANDIERE, précisait que : « “résulter des dispositions du contrat” : c'est le système de la preuve intrinsèque, le juge ne pourra fonder sa décision, pour déclarer telle ou telle loi applicable que sur les clauses du contrat, sur les déclarations même des parties, à l'exclusion de toutes circonstances extérieures ; “indubitablement” : on a voulu par là tracer une limite aux investigations du juge, celui-ci ne doit pas scruter les termes du contrat si ceux-ci sont ambigus et laissent place à un doute sérieux : il faut que pour déclarer telle loi applicable, de par la volonté des parties, que celle-ci soit manifeste et ne prête pas à une contestation sérieuse »<sup>159</sup>.*

Ces dispositions précitées ont été élargies par celles de la Convention de la Haye de 1978 en son article 5 alinéa 2 qui dispose que « *Le choix de cette loi doit être exprès ou résulter avec une certitude raisonnable des dispositions du contrat et des circonstances de la cause* »<sup>160</sup>. Le juge, pour retenir la volonté tacite en tant que volonté déclarée, ne doit plus se borner à examiner les seules dispositions du contrat conclu entre les parties. Il doit aussi prendre en considération les circonstances de la cause pour décider ce que les parties avaient en vue au moment de la conclusion de leur accord. Une reformulation apparemment plus simple pour sa compréhension par les acteurs du commerce international élaborée par la Convention de la Haye de 1986 en son article 7 al. 1, déclare : « *L'accord des parties sur ce choix doit être exprès ou résulter clairement des termes du contrat et du comportement des parties, envisagés dans leur ensemble* »<sup>161</sup>. Cela implique qu'un élément particulier pris

---

<sup>157</sup> JC. POMMIER, op. cit, p. 103

<sup>158</sup> Convention de la Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels en date du 15 juin 1955, V. Annexe 4

<sup>159</sup> Rapport de la Morandiere, Documents de la VIIème Session, p. 24 cité par JC. POMMIER, op. cit, pp. 103 et 104

<sup>160</sup> Convention de la Haye sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation en date du 14 mars 1978, V. Annexe 6

<sup>161</sup> Convention de la Haye sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises en date du 22 décembre 1986, V. Annexe 5, ou V. J-C. POMMIER, op. cit, p. 108

isolément ne suffit pas pour établir le choix des parties. Un faisceau d'éléments serait nécessaire en revanche.

La caractéristique de l'élection de droit qu'est la volonté expresse ou tacite étant cernée, qu'en est-il de sa mise en application ?

## **Paragraphe II : L'application de l'élection de droit**

La mise en application de l'élection de droit par les parties a donné lieu à un subjectivisme pur (A) qui suite aux critiques, a été modéré (B).

### **A- Le subjectivisme pur dans la mise en application de l'élection de droit**

La doctrine de l'autonomie de la volonté de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle en droit civil a affecté également le droit international privé. Puisque selon cette doctrine, la rencontre des volontés est suffisante, à elle seule, pour créer des obligations, les parties ne sont soumises pour leur contrat à aucune des lois nationales en présence. Mais elles ont le loisir de se référer, par commodité, à l'une d'entre elle ; les dispositions de la loi s'intègrent dans le contrat : elles n'ont de force obligatoire que dans la mesure où la volonté des parties leur en a conféré une<sup>162</sup>.

La Cour de cassation, dans son arrêt *American Trading Co.*, a paru s'inspirer de cette conception, en affirmant que « *la loi applicable au contrat est celle que les parties ont adopté* »<sup>163</sup>.

Selon Pierre MAYER et Vincent HEUZE, « *plusieurs conséquences découlent logiquement de ce système* :

- 1- *Un contrat peut n'être soumis à aucune loi (contrat dit sans loi) : la volonté des parties se suffit à elle-même ; elles ont la possibilité, mais non l'obligation, de se référer à une loi nationale.*
- 2- *Les dispositions légales intégrées dans le contrat sont celles qui étaient en vigueur au moment de sa conclusion, car les parties n'ont pu vouloir*

---

<sup>162</sup> P. MAYER et V. HEUZE, op. cit, p.514

<sup>163</sup> Civ. 5 déc. 1910. Arrêt n°11 Cour de cassation, B. ANCEL et Y. LEQUETTE, ibidem

*s'appliquer des règles qu'elles ne connaissent pas ; les modifications de la loi choisie n'affectent donc pas le contrat.*

*3- Les parties peuvent procéder à un "panachage", choisissant telle règle dans une législation, telle autre dans une seconde, et rédigeant de surcroît certaines clauses sans le relais d'une quelconque loi »<sup>164</sup>.*

Ces auteurs citent quelques arrêts sur ces trois conséquences du subjectivisme que la jurisprudence française a admises dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle : l'arrêt de la Cour de Paris du 24 Avril 1940 énonçant que le contrat international constitue la seule loi des parties, l'arrêt de la chambre civile du 15 mai 1935 refusant d'appliquer une loi rétroactive postérieure à la conclusion du contrat, l'arrêt précité American Trading Co. qui retranche de la loi américaine choisie par les parties une règle impérative annulant l'une des clauses du contrat, et y substitue la règle française de teneur opposée<sup>165</sup>.

Henri BATIFFOL et Paul LAGARDE avec des arrêts à l'appui, déclinent aussi dans leur ouvrage Droit international privé, quelques conséquences de cette idée selon laquelle la loi du contrat est choisie par les parties comme les autres clauses de leur accord :

*« 1- Les parties sont libres de choisir une loi quelconque, n'ayant éventuellement aucun lien avec leur situation. Est invoqué en ce sens notamment l'arrêt anglais du conseil privé dans Vita Food products C/ Unus Shipping Co (1939) A.C. 277.*

*2-La loi choisie peut l'être sous condition, notamment l'exclusion de ses dispositions à venir qui seraient applicables au contrat en cours ; la solution a paru acceptée par la Cour de cassation dans l'affaire Messageries maritimes (Civ. 21 juin 1950) pour la loi canadienne de dévaluation.*

*3- Les parties peuvent, dans une loi, choisir certaines dispositions, et en exclure d'autres ; il sera même logique de leur imputer l'exclusion tacite de celles de ces dispositions qui annulent leur contrat. L'idée apparaît dans l'arrêt initial American Trading Co du 05 décembre 1910 ; mais elle est écartée par civ. 28 juin 1966, déclarant un contrat nul.*

---

<sup>164</sup> P. MAYER et V. HEUZE, op. cit, pp. 514 et 515

<sup>165</sup> P. MAYER et V. HEUZE, op. cit, p.515

4- *Les contractants peuvent finalement ne soumettre leur contrat à aucune loi, ce qui est impliqué par la conséquence précédente. L'affirmation se trouve dans Paris, 24 avril 1940, affaire Messageries maritimes.*

*Cependant, la dernière de ces conséquences a été repoussée par la Cour de cassation l'arrêt précité du 21 juin 1950, affirmant que « tout contrat international est nécessairement rattaché à la loi d'un Etat », et il l'avait déjà été en Allemagne par le Reichsgericht le 28 mai 1936, ce qui met en cause la certitude des solutions précédentes»<sup>166</sup>.*

Ce subjectivisme ainsi conçu a subi dès la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle deux critiques théoriques de Von Bar et Pillet.

La première reprend les objections générales que l'on oppose à la théorie de la volonté : *« la source d'une obligation ne peut se trouver que dans la loi qui la sanction ; la volonté ne joue un rôle que dans la mesure où la loi le lui confie. Particulièrement en droit international privé, il faudrait qu'une loi habilite les contractants à choisir une loi ; or sous peine de tomber dans un cercle vicieux, ce ne peut être la loi désignée elle-même ; le choix de la loi ne peut donc résulter de la volonté ».*

La seconde critique est libellée comme suit : *« s'il est concevable que la loi puisse choisir entre les dispositions supplétives de plusieurs lois, en revanche, le propre des dispositions impératives est que les parties ne peuvent s'y soustraire. On nie l'essence même du droit en fondant son caractère impératif sur le consentement de ses sujets : les individus sont soumis au droit, non le droit aux individus »<sup>167</sup>.*

Ce sont certainement les réponses à ces critiques de Von Bar et Pillet qui ont conduit à un subjectivisme modéré dans la mise en application de l'élection de droit.

---

<sup>166</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, op cit, p. 262

<sup>167</sup> P. MAYER et V. HEUZE, ibidem

## **B- Le subjectivisme modéré dans la mise en application de l'élection de droit**

En réponse aux deux critiques de Von Bar et Pillet ci-dessus exposées, le subjectivisme a connu une modération dans l'application de l'élection de droit.

En effet, les auteurs comme P. MAYER et V. HEUZE conseillent, pour échapper aux critiques classiques, d'adopter une présentation différente, moins radicale, de la thèse subjectiviste, et de reconnaître que la loi n'est pas incorporée dans le contrat, mais qu'au contraire celui-ci lui est soumis, car la volonté a pour seul effet de préciser à quelle loi (*lex contractus*) le contrat se trouve soumis<sup>168</sup>.

« *Il est dès lors facile de réfuter la première objection selon laquelle un accord de volonté n'a d'effet juridique que si une loi lui en attache un :*

*1- L'accord sur la loi applicable est efficace parce que la règle de conflit le prévoit : la règle de conflit joue à l'égard de l'accord des volontés sur le choix de la loi, le même rôle que l'article 1134 du Code civil à l'égard de la substance du contrat.*

*2- Les obligations contractuelles proprement dites ont leur source dans la *lex contractus* choisie, dont l'autorité s'impose aux parties dès lors qu'elles se sont placées, par leur comportement (essentiellement constitué par l'expression de leur volonté), sous son empire »<sup>169</sup>.*

L'article 3 § 1 de la Convention de Rome abonde dans le même sens dans sa formulation du rôle de la volonté des parties : « *le contrat est régi par la loi choisie par les parties* ». D'un côté, le subjectivisme est avoué parce que le choix porte directement sur la loi. De l'autre, le contrat est régi par la loi, c'est-à-dire qu'il y est soumis : la volonté des parties n'est donc pas toute puissante<sup>170</sup>.

La seconde objection est la critique majeure faite au subjectivisme. Elle est l'impossibilité d'échapper par une déclaration de volonté à une disposition impérative. Mais elle n'est en définitive justifiée qu'à l'égard des lois de police parce que les dispositions simplement impératives comme la nullité pour défaut de

---

<sup>168</sup> P. MAYER et V. HEUZE, *ibidem*

<sup>169</sup> P. MAYER et V. HEUZE, *op. cit.*, pp. 515 et 516

<sup>170</sup> P. MAYER et V. HEUZE, *op. cit.*, p. 516

cause ou d'objet, l'impossibilité de la cession de dette, l'interdiction de la condition purement potestative de la part du débiteur ne sont impératives qu'à l'intérieur d'un ordre juridique déterminé supposé généralement applicable au contrat et qui se trouve être compétent, alors que les lois de police sont impératives dans l'absolu au point de motiver par elles-mêmes leur compétence. Donc la loi d'autonomie ne permet pas d'échapper à l'application de ces règles que sont les lois de polices. Or c'est précisément ce que fait expressément l'article 7 de la Convention de Rome intitulé « *loi de police* » : « *Lors de l'application, en vertu de la présente Convention (c'est-à-dire en matière d'obligations contractuelles), de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat* »<sup>171</sup>.

Plus est, l'idée de la loi d'autonomie est associée à celle de contrat international. Et l'internationalité du contrat interne par l'élection de droit est uniquement admise sous condition. En effet, l'article 3 § 3 de la Convention de Rome dispose que : « *Le choix des parties d'une loi étrangère, assortie ou non d'un tribunal étranger, ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet de déroger par ce contrat, ci-après dénommées « dispositions impératives* »<sup>172</sup>.

Le subjectivisme est ainsi modéré dans ce régime de l'application d'une loi élue au contrat.

L'application du droit élu par les parties résout forcément leur litige. Car en élisant la loi applicable, les parties ont certainement pu prévoir les conséquences qui pourraient en résulter et s'y sont préparés.

---

<sup>171</sup> P. MAYER et V. HEUZE, op. cit, pp. 516 et 517

<sup>172</sup> JC. POMMIER, op. cit, pp. 131 à 141

Mais ce n'est pas uniquement en droit international privé que les parties peuvent conduire le juge à appliquer la loi qu'elles ont envisagée pour la résolution de leur litige. Elles peuvent également le faire en l'absence d'élément d'extranéité.

## **Chapitre II**

### **Les moyens des parties en l'absence d'éléments d'extranéité**

En l'absence d'éléments d'extranéité, le litige peut trouver une solution conventionnelle en présence du juge étatique. *« En effet, le traitement de la litigiosité par le juge étatique n'est pas d'une pièce ; il ne se limite pas à trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables selon la formule éprouvée de l'article 12, alinéa 1<sup>er</sup> du code de procédure civile. Le rôle du juge n'est pas seulement d'imposer la décision qu'il aura prise par l'application des règles du droit étatique au terme d'un syllogisme impeccable, bien que souvent factice »*<sup>173</sup>.

Le choix de la règle applicable étant à priori l'apanage du juge, le législateur a accordé exceptionnellement aux parties la possibilité de mettre en œuvre certains moyens en vue de la résolution de leur litige en présence du juge étatique. Cette possibilité trouve sa source dans la convention des parties. Effectivement, l'article 13 du Code des procédures dispose en ses deux derniers alinéas : *« Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat.*

*Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge la mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé. »*

Les parties ont ainsi le droit de choisir la loi applicable (Section I), et la faculté de libérer le juge (Section II)

#### **Section I**

##### **Le choix du droit applicable par les parties**

Le législateur énonce dans l'alinéa 3 de l'article 13 du Code des procédures : *« Toutefois, il (le juge) ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique*

---

<sup>173</sup>L. CADIET, J. NORMAND, et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit, pp. 517 à 518.

*lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat* ». Au regard de ces dispositions, les parties ont la possibilité de choisir le droit applicable. Mais elles ne peuvent user de ce droit que sous certaines conditions (Paragraphe I), et l'usage de ce droit produit des effets (Paragraphe II).

### **Paragraphe I : Les conditions du choix du droit par les parties**

L'accord de droit applicable est soumis à des conditions de validité de forme et de fond. Sans ces deux conditions exigées, les litigants ne peuvent pas choisir un droit applicable pour mettre définitivement fin à leur litige. Ces conditions sont l'accord exprès sur le droit applicable (A), et la libre disposition des droits (B).

#### **A- L'accord exprès sur le droit applicable**

Le mot accord est susceptible de plusieurs sens qu'atteste le Vocabulaire juridique publié sous la direction du doyen Cornu. Mise à part la référence aux accords internationaux, l'accord désigne principalement la rencontre de deux volontés, synonyme de convention, plus spécifiquement l'assentiment donné à une proposition, acceptation d'une offre ou adhésion, plus vaguement au contraire l'entente ; il s'oppose alors au désaccord, c'est-à-dire au litige, comme le soutiennent Gérard CORNU et Jean FOYER : « *de même que le contrat est concours de volonté, le litige de même est conflit de volonté* »<sup>174</sup>

« *Dans la forme, le code requiert des parties un accord exprès, peu importe que cet accord soit écrit ou verbal dès lors qu'il est certain* »<sup>175</sup>. Une mention rédigée à cet effet dans la requête conjointe réaliserait assurément la condition. En revanche, la simple concordance des conclusions des parties n'est pas de nature à constituer l'accord exprès de celles-ci au regard de l'article 13<sup>176</sup>.

---

<sup>174</sup> G. CORNU et J. FOYER, op. cit, p. 37

<sup>175</sup> L. CADIET, J. NORMAND, et S. AMRANI MEKKI, op. cit, p. 547

<sup>176</sup> L. CADIET, J. NORMAND, et S. AMRANI MEKKI, ibidem

Selon Georges BOLLARD, « *l'exigence légale d'un accord exprès se comprend aisément. La qualification liée emporte l'éventuelle renonciation des plaideurs à la règle de droit générale et abstraite, peut-être applicable aux faits de l'espèce sans qu'ils y aient su le découvrir. Pareil renonciation est trop grave pour être implicite. En outre, déduire la qualification liée des simples conclusions concordantes des parties anéantirait le pouvoir de requalification du juge : le juge ne pourrait plus rectifier l'erreur commise par toutes les parties* »<sup>177</sup>.

Mais pour que les parties aient le droit de choisir la règle applicable, il faut la réalisation de la condition de forme qu'est l'accord exprès sur le droit applicable, cumulativement avec celle de fond qu'est la libre disposition des droits.

### **B- La libre disposition des droits**

Sur le fond, l'accord sur le droit applicable n'est possible que pour les droits dont les parties ont la libre disposition<sup>178</sup>. Cette condition se subdivise. « *La libre disposition des droits peut en effet tenir à l'incapacité d'exercice de son titulaire, ou à son dessaisissement, par exemple en droit des faillites. Elle peut aussi tenir à la nature des droits litigieux* »<sup>179</sup>.

La libre disposition des droits tient aussi à la nature des droits litigieux parce que les parties n'ont la libre disposition de leurs droits que lorsque ceux-ci sont évaluables en argent. Ce doit être des droits cessibles, transmissibles, saisissables et prescriptibles. Ces droits doivent faire partie de leur patrimoine, et s'opposent aux droits extra-patrimoniaux que sont des droits subjectifs qui ne sont pas susceptibles d'évaluation pécuniaire et ne sont pas dans le patrimoine, bien que leur violation puisse être sanctionnée par une condamnation à des dommages-intérêts. Les droits extra-patrimoniaux sont incessibles, intransmissibles, insaisissables et imprescriptibles. Elles ne peuvent donc pas disposer librement des droits extra-patrimoniaux.

---

<sup>177</sup> G. BOLARD, « La matière du procès et le principe dispositif » in *Droit et Pratique de la Procédure civile* sous la direction de S. GUINCHARD, 6<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2009, p.590

<sup>178</sup> L. CADIET, J. NORMAND, et S. AMRANI MEKKI, *ibidem*

<sup>179</sup> G. BOLARD, *ibidem*

Il faut aussi ajouter que cette libre disposition des droits relativement à la nature des droits litigieux, semble renvoyer aux conditions de la transaction, selon les articles 1028 et 2046 du Code civil. Mais cet aspect de la libre disposition des droits ne doit pas être confondu avec les conditions de l'arbitrage, plus rigoureuses dans la mesure où l'article 2059 du code civil, relatif à la libre disponibilité des droits soumis à l'arbitrage, est complété de l'article 2060 exclusif de l'arbitrage dans certains litiges. Notamment l'ordre public du droit applicable, dans une certaine mesure exclusif de l'arbitrage selon l'article 2060 du Code civil, n'interdit ni la transaction ni la qualification liée s'il ne va pas jusqu'à frapper d'indisponibilité les droits litigieux<sup>180</sup>.

L'accord de droit applicable ne peut donc être conclu à propos de l'état des personnes. Ainsi, pour que l'accord de droit applicable soit valable au fond, il faut que les droits litigieux fassent partie du patrimoine des parties.

La double condition exigée qu'est l'accord exprès sur le droit applicable et la libre disposition des droits litigieux réalisée, le choix de la règle applicable par les parties produit des effets.

## **Paragraphe II : Les effets du choix du droit par les parties**

Si les conditions ci-dessus exposées sont effectives, les parties peuvent convenir que le litige sera tranché conformément aux seules règles de droit qu'elles ont délibérément choisies. Ce choix de la règle applicable lie le juge (A), ce qui produit en plus des effets intéressants dans la pratique (B).

### **A- La liaison du juge par les parties**

Lorsque les parties ont la libre disposition des droits litigieux, elles peuvent, même avant la naissance du litige, par un accord exprès entre elles, choisir la règle de droit applicable par des qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat. Ce choix du droit applicable ainsi fait, lie le juge de telle sorte qu'il

---

<sup>180</sup> G. BOLARD, op. cit, pp. 590 et 591

ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique. Le juge ne peut alors relever de nouveaux moyens de droit ni changer la dénomination juridique donnée aux actes ou aux faits litigieux<sup>181</sup>. Par exemple, les parties demandent au juge de se prononcer sur le seul règlement indemnitaire des conséquences de l'inexécution d'un contrat, et non sur la validité de ce contrat ; de se prononcer sur le terrain des règles de la vente, et non pas sur celles du contrat d'entreprise ; de se prononcer par application de la loi néerlandaise et non pas de la loi française (en cas de contrat international)<sup>182</sup>. Il lui revient seulement de vérifier, au besoin de son propre mouvement, que sont réunies les conditions d'application des règles invoquées<sup>183</sup>. L'office du juge est ainsi canalisé par les parties. Il faut dire que « *c'est en matière internationale qu'on en trouve les plus fréquentes applications, si l'on peut dire, étant précisé que la volonté des parties peuvent évoluer et, par conséquent, un accord sur le droit applicable en modifier un autre* »<sup>184</sup> ;

Selon toute apparence, la qualification liée a une incidence sur l'application de l'article 8 du Code des procédures qui dispose que « ... *Parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions* ». Le juge a donc la faculté d'appréhender les faits adventices ou tirés du dossier. La qualification liée ne supprime pas nécessairement cette faculté, que l'article 13 alinéa 3 n'invoque pas. Mais elle la supprime implicitement chaque fois que l'utilisation des faits adventices conduirait à modifier la qualification retenue par les parties et imposée au juge selon l'article 13 alinéa 3.<sup>185</sup>

Cette liaison du juge par les parties a un intérêt pratique en procédure civile.

---

<sup>181</sup> S. GUICHARD, C. CHAINAIS, et F. FERRAND, op. cit, p. 432

<sup>182</sup> L. CADIET, J. NORMAND, et S. AMRANI MEKKI, op cit, p. 546

<sup>183</sup> S. GUICHARD, C. CHAINAIS, et F. FERRAND, ibidem.

<sup>184</sup> L. CADIET, et E. JEULAND, op. cit, p. 414

<sup>185</sup> G. BOLARD, op. cit, pp. 590

## **B- L'intérêt pratique de la liaison du juge par les parties**

L'intérêt pratique de la liaison du juge a surtout été analysé par Georges BOLLARD dans Droit et pratique de la procédure civile sous la direction de Serges GUINCHARD. L'auteur décline cet intérêt pratique que sont les transactions partielles, ainsi que l'attitude du juge en cas de qualification erronée des parties.<sup>186</sup>

### **1. Les transactions partielles**

La qualification liée est de nature à favoriser les transactions.

En effet, d'une part, la négociation entre les parties peut échouer alors même qu'elles sont d'accord sur une partie du litige. Or la transaction partielle est parfois dangereuse. Car les parties transigent le plus souvent en considération d'une analyse juridique du litige : de la qualification juridique des faits, elles déduisent les obligations et droits potentiels auxquels elles renoncent. Ainsi, l'équilibre économique de la transaction peut-il être bouleversé si le juge appelé à trancher le solde du litige retient une qualification nouvelle. Par exemple, les parties auraient traitées en considération d'une vente et le juge qualifierait la convention de contrat d'entreprise ou d'usage pour un temps déterminé.

D'autre part, la qualification liée écarte le danger d'une requalification perturbatrice de la transaction. Précisément, selon l'article 58 C. pr. Civ. français et 129 du Code des procédures du Bénin, elle peut être introduite dans une requête conjointe, par laquelle les deux parties saisissent ensemble le juge de ce qui reste de leur litige. Elle est tout aussi bien possible en cours de procès, quand les écritures signifiées, une mesure d'instruction ou un jugement a révélé la fragilité d'une partie des prétentions. Elle résulterait alors de conclusions communes ou parallèles, par lesquelles les parties feraient état expressément de leur accord.

A de telles pratiques, les parties trouveraient l'avantage d'un litige allégé et mieux maîtrisé. Le juge serait lui-même libéré de la connaissance de prétentions annexes, auxquelles les parties ne croient pas vraiment. Il pourrait plus facilement appliquer sa science et son art au véritable litige.

---

<sup>186</sup> G. BOLARD, op. cit, p. 591

Dans l'hypothèse de l'erreur commune des parties sur la qualification des faits litigieux, que devrait faire le juge ?

## **2. L'attitude du juge en cas de qualification erronée des parties**

En cas de qualification erronée des parties, la qualification liée qu'elles voudraient imposer au juge se révélerait-elle possible ?

Que devrait faire le juge dans une telle hypothèse ?

La réponse qui n'est pas énoncée à l'article 13 du Code des procédures, doit être déduite des règles générales de procédure. S'il estimait impossible au regard des faits allégués c'est-à-dire la qualification liée, le juge constaterait qu'il ne peut pas la mettre en œuvre, donc qu'il ne peut pas statuer au fond sauf à statuer hors la loi. La demande serait donc irrecevable faute de droit d'action ou si l'on préfère faute que les parties puissent exiger du juge une décision sur le fond (art. 30 du Code des procédures). L'irrecevabilité de la demande sera en outre complétée, selon toute apparence par la nullité de la convention des parties faute d'objet (C. civ., art. 1126).

Cependant, dans le silence de l'article 13 une stipulation, que le juge en soit informé ou non, pourrait être introduite dans la qualification liée. Le contrat serait considéré comme résolu de plein droit par l'effet d'un jugement la considérant comme impossible. Pour éluder toute manœuvre dilatoire, les parties à la qualification liée subordonneraient à leur consentement unanime la recevabilité d'un recours contre un tel jugement.

Il faut dire que l'application du droit choisi par les parties mettent réellement fin au litige. Car l'application d'un tel droit n'est que la réalisation de la convention des parties.

En l'absence d'élément d'extranéité dans le litige qu'elles soumettent au juge, les parties n'ont pas seulement le pouvoir de choisir le droit applicable. Elles ont également la possibilité de libérer le juge.

## **Section II**

### **La faculté de libération du juge par les parties**

Le code des procédures prévoit que « *le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge la mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé* ».

Les parties peuvent donc libérer le juge du droit. Cette libération du juge qui est l'un des moyens que les parties peuvent mettre en œuvre pour la résolution du litige porté devant le juge étatique passe par un pacte d'amiable composition (Paragraphe I) nécessaire à l'arbitrage judiciaire (Paragraphe II)

#### **Paragraphe I : Le pacte d'amiable composition judiciaire**

La possibilité offerte aux parties par le législateur de conclure un pacte d'amiable composition, au cours d'un litige, et en présence du juge, est soumise à des conditions (A) dont la réalisation produit des effets (B)

##### **A- Les conditions du pacte d'amiable composition**

Les conditions exigées pour la conclusion du pacte d'amiable composition sont les mêmes que celles requises dans le cadre du choix du droit applicable par les parties ci-dessus exposées que sont l'accord exprès des parties et la libre disposition, par elles, de leurs droits, ce qui exclut, pratiquement, l'amiable composition pour les questions relatives à l'état des personnes et dans les matières qui relèvent de l'ordre public. Mais à la différence des conditions requises pour la qualification liée, « *elle nécessite que le litige soit né, ce qui condamne les clauses contractuelles d'amiable composition alors que les clauses compromissoires peuvent valablement stipuler l'amiable composition* »<sup>187</sup>.

La réalisation de ces conditions permet aux parties de conclure un pacte d'amiable composition qui produit certains effets.

---

<sup>187</sup> L. CADIET, et E. JEULAND, op. cit, p. 415

## **B- Les effets du pacte d'amiable composition**

Les parties, par le pacte d'amiable composition étendent l'office du juge en lui conférant mission de statuer en amiable compositeur. Amiable compositeur, le juge est affranchi des règles de droit qui perdent, à son égard, leur caractère obligatoire ; il est comme en état d'apesanteur juridique. Sans doute, le juge peut appliquer les règles de droit si leur application conduit à la solution équitable du litige, mais il n'y est pas tenu<sup>188</sup>. Pour Serge GUINCHARD, Cécile CHAINAIS et Frédérique FERRAND, le juge auquel est conféré mission de statuer comme amiable compositeur est doublement émancipé : d'une part, il peut écarter les normes juridiques, s'il estime que leur application stricte conduirait à un résultat non conforme à l'équité. D'autre part, il est libéré des règles de procédure ordinaires, à l'exception des règles qui constituent l'ordre public procédural (contradiction, motivation)<sup>189</sup>. Quant à Hervé CROZE, à la question : l'amiable compositeur dit-il encore le droit ? y répond par la négation. Effectivement, il soutient que « *lorsque les parties chargent l'arbitre ou le juge de statuer en amiable composition, c'est précisément pour le dégager de l'application de la règle et l'on sait que la décision amiable peut être annulée si elle a été rendue en droit* »<sup>190</sup>.

Ainsi, suivant ce point de vue pertinent de Hervé CROZE, le pacte d'amiable compositeur n'étend pas l'office du juge comme le prétendent certains auteurs<sup>191</sup>. Mais les parties en conférant au juge le pouvoir de statuer en amiable compositeur lui demandent d'écarter la règle de droit.

Le juge qui statue dans les conditions ci-dessus exposées, statue en tant qu'arbitre mais dans le cadre judiciaire. Il serait alors intéressant d'essayer de cerner l'arbitrage judiciaire.

---

<sup>188</sup> L. CADIET, J. NORMAND, et S. AMRANI MEKKI, *ibidem*

<sup>189</sup> S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, et F. FERRAND, *op. cit.*, p. 431

<sup>190</sup> H. CROZE, *op.cit.*, p. 231

<sup>191</sup> L. CADIET, J. NORMAND, et S. AMRANI MEKKI, *ibidem*

## **Paragraphe II : L'arbitrage judiciaire**

Pour comprendre l'arbitrage judiciaire, il est nécessaire d'étudier les points sur lesquels il rejoint l'arbitrage (A), et ceux par lesquels il s'en écarte (B)

### **A- Les ressemblances avec l'arbitrage**

L'arbitrage judiciaire a de nombreux points de ressemblances avec l'arbitrage.

En effet, d'abord, les dispositions de l'art. 13 al. 4 du code des procédures ont été directement inspirées par les principes qui gouvernent l'arbitrage. On sait la faveur qui entoure cette institution sur le plan interne et surtout sur le plan international<sup>192</sup>. *« Les parties pourront donc transformer le juge en arbitre, cantonner sa vision du procès, en lui imposant de se sentir dans un cadre juridique défini, d'un commun accord, et à la limite, en lui permettant de statuer comme amiable compositeur »*<sup>193</sup>, comme en matière d'arbitrage. Ensuite, ce mécanisme qui conduit les parties à transformer le juge en arbitre afin de le voir statuer en équité, *« vise à concilier la souplesse de fonctionnement et le rapport de confiance qui caractérisent l'arbitrage d'un côté, avec d'un autre côté, les garanties que donne l'institution judiciaire (qualités d'indépendance, d'écoute) »*<sup>194</sup>. Comme en matière d'arbitrage, la juridiction de second degré doit aussi statuer en amiable compositeur. Les motifs de sa décision échappent au contrôle de la Cour de cassation, dès lors qu'ils ne sont pas entachés de contradiction<sup>195</sup>.

L'arbitrage judiciaire n'a pas seulement des points communs avec l'arbitrage privé. Il s'écarte de ce dernier sur de nombreux points.

### **B- Les dissemblances avec l'arbitrage**

Les points de dissemblance entre l'arbitrage judiciaire et le vrai arbitrage sont aussi nombreux que ceux sur lesquels ils se rejoignent.

En effet, il est clair que premièrement, contrairement à l'arbitrage véritable, les parties ne choisissent pas leur juge. Globalement, les conditions de la confiance que

---

<sup>192</sup> S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, et F. FERRAND, *ibidem*

<sup>193</sup> S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, et F. FERRAND, *ibidem*

<sup>194</sup> S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, et F. FERRAND, *ibidem*

<sup>195</sup> S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, et F. FERRAND, *op. cit.*, pp. 431 et 432

supposent un jugement en équité ne sont réunies, ce qui explique que l'arbitrage judiciaire soit délaissé en pratique. Deuxièmement, l'amiable composition judiciaire ne peut être convenue que pour un différend actuel alors que l'arbitrage ou la clause compromissoire permet aux parties de prévoir qu'elles soumettront ultérieurement leur différend à ce mode de règlement des conflits<sup>196</sup>.

Il faut aussi noter que contrairement à l'arbitrage privé, pour l'arbitrage judiciaire, l'appel demeure en principe recevable à moins que les parties n'y aient spécialement renoncé. Mais la possibilité d'un appel doit être réservée lorsque l'ordre public est en cause et qu'il a été porté atteinte à la liberté de la défense.

Joseph DJOGBENOU a critiqué la voie de l'appel qui a été laissée ouverte par le Code des procédures dans le cadre de l'arbitrage judiciaire à l'alinéa 4 de l'article 13. Pour lui, lorsque le juge fonde sa décision sur l'équité conformément au compromis des parties, l'appel ne peut être envisagé qu'en vue de l'annulation de la décision pour irrégularité formelle. Il relève à titre comparatif que le législateur français a pris soin d'instituer à côté des cas où le juge statue en amiable compositeur, un droit général de renonciation à l'appel, à l'article 41 du code de procédure civile français<sup>197</sup>.

L'intérêt d'un tel arbitrage judiciaire est que le juge conserve son impérium naturel. La décision juridictionnelle rendue en amiable composition reste un jugement<sup>198</sup>. Les décisions du juge ont force exécutoire et n'ont pas besoin d'exequatur<sup>199</sup>.

L'arbitrage judiciaire, tout comme le choix du droit applicable, résultant de la volonté des parties, met définitivement fin au litige au fond.

---

<sup>196</sup> S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, et F. FERRAND, op. cit, p. 432

<sup>197</sup> J. DJOGBENOU, op. cit, pp. 27 à 28

<sup>198</sup> H. CROZE, ibidem

<sup>199</sup> S. GUINCHARD, C. CHAINAIS, et F. FERRAND, op. cit, p. 431

## *Conclusion de la deuxième partie*

Eu égard à tout ce qui a été exposé dans cette deuxième partie, il est évident que les parties, en vue de la résolution de leur litige devant le juge étatique, peuvent mettre en œuvre des moyens adéquats mis à leur disposition par le législateur, que ce litige présente ou non des éléments d'extranéité.

D'abord, en présence d'un élément d'extranéité et surtout en matière de contrats litigieux, le juge est obligé d'appliquer le droit que les parties ont élu pour la résolution de leur différend. Mais il faut que la volonté des parties au contrat d'élection de droit soit exprès ou tout au moins tacite, et que le contrat litigieux auquel le droit élu doit être appliqué soit au préalable international, bien que l'internationalisation par l'élection de droit d'un contrat de toute évidence interne soit admise lorsque le choix de la loi étrangère ne porte pas atteinte aux dispositions impératives du pays avec lequel le contrat litigieux est rattaché par tous ses autres éléments.

Ensuite, en l'absence d'éléments d'extranéité, les parties ont la possibilité de restreindre l'office du juge en le liant par des qualifications aux travers desquelles elles choisissent le droit applicable ou l'étendent en lui conférant la mission de statuer en amiable compositeur. Ces deux possibilités permettent aux parties de canaliser l'office du juge afin de le conduire à rendre la décision qui leur convient. Tout ceci suppose au préalable un accord exprès des parties et la libre disposition par elles, de leurs droits, ce qui exclut, pratiquement, la liaison du juge et l'amiable composition pour les questions relatives à l'état des personnes et dans les matières qui relèvent de l'ordre public. Il faut dire qu'en ce qui concerne l'amiable composition, la condition de l'actualité du litige est exigée. Ce qui condamne les clauses contractuelles d'amiable composition alors que les clauses compromissoires peuvent valablement stipuler l'amiable composition.

Enfin, ces moyens mis en œuvre par les parties sont basés sur leur accord de volonté. Ce qui fait que l'application du choix du droit applicable par les parties et

la décision du juge statuant en amiable compositeur mettent définitivement fin au litige.

## ***CONCLUSION GENERALE***

Au début de la présente étude, on est parti d'un postulat. Celui selon lequel le droit applicable par le juge ne met toujours pas définitivement fin au litige. Ainsi, le règlement du litige qui est une finalité du droit n'est pas régulièrement atteint par la règle applicable par le juge.

Ce problème résolu révèle aux justiciables les moyens dont ils disposent pour amener le juge étatique par sa décision à mettre réellement un terme à leur litige.

Les démonstrations effectuées ont effectivement administré la preuve que la règle de droit applicable par le juge ne fait pas toujours disparaître l'opposition des contestations. En effet le juge doit imposer le droit applicable pour trancher le différend, parce qu'il est soumis à la loi, et qu'il garantit par son application la sécurité juridique. Il impose également la norme applicable afin d'éviter que son jugement soit exposé à la censure. Cependant, ce droit imposé tend continuellement à ne pas résoudre le litige. Et cela est vrai. L'application de la règle de droit choisie arbitrairement par le juge s'avère souvent inefficace. Car « *pour diverses raisons, la réponse du juge peut ne pas satisfaire les parties* ». Ainsi, la décision prise par le juge en application d'une règle de droit choisie de façon discrétionnaire peut être contraire aux intérêts des parties, ou à tout le moins aux intérêts d'une partie. Et l'intransigeance des prétentions qui plus est, non satisfaites conduit les parties à continuer le procès par les voies de recours.

Cependant, l'idée de justice étant de résoudre vraiment le litige, des moyens appropriés ont été mis à la disposition des parties pour conduire le juge à appliquer le droit qui leur convient afin de mettre définitivement fin à la contestation. Ces moyens adéquats sont mis en œuvre par les parties devant le juge étatique, que le litige présente ou non un caractère international. Et cela est d'autant plus vrai qu'en présence d'un élément d'extranéité, et surtout en matière contractuelle, le juge a l'obligation d'appliquer la loi choisie par les parties pour régir leur acte litigieux. Et lorsque le litige ne présente aucun élément d'extranéité, le législateur a accordé aux parties, la possibilité de lier le juge pour l'amener à appliquer le droit qu'elles ont

choisi, ou de lui conférer la mission de statuer en amiable compositeur pour lui permettre d'écarter au besoin la règle de droit.

Le développement de ces idées a exigé les objectifs de recherche à savoir :

- Le droit imposé par le juge pour trancher le litige ne le résout pas nécessairement.
- L'application du droit conventionnel des parties à leur litige résout ce dernier.
- L'arbitrage judiciaire résout le litige.

L'analyse de ces objectifs de recherche ont conduit aux résultats suivants :

Premièrement, le droit imposé par le juge ne résout pas forcément le litige. Il participe même souvent à sa perpétuation.

Deuxièmement, l'application du droit choisi par les litigants, et l'arbitrage judiciaire ont vocation à résoudre à coup sûr le litige au fond. Car c'est par convention que les parties choisissent le droit applicable pour lier le juge ou lui confèrent la mission de statuer en amiable compositeur. Ayant donc conclu un accord sur le droit ou sur l'office du juge, cela les prépare certainement aux conséquences de la décision qui pourraient résulter de tels mécanismes. Mais tout ceci suppose au préalable un accord exprès des parties et la libre disposition par elles, de leurs droits, ce qui exclut, pratiquement, la liaison du juge et l'amiable composition pour les questions relatives à l'état des personnes et dans les matières qui relèvent de l'ordre public. Il faut dire qu'en ce qui concerne l'amiable composition, la condition de l'actualité du litige exigée condamne les clauses contractuelles d'amiable composition, alors que les clauses compromissoires peuvent valablement stipuler l'amiable composition.

Si sur le plan international, la qualification liée ou l'élection de droit connaît un vrai succès, ce n'est pas le cas au plan interne. Ce moyen peu utilisé devant les juridictions internes, a conduit Georges BOLLARD à penser que si la qualification liée n'a pas rencontré la faveur des praticiens, c'est peut-être par incompréhension. Car elle est de nature à favoriser les transactions partielles. Quant à l'arbitrage

judiciaire, les conditions posées sont peut-être trop sévères et notamment l'exigence d'un litige né ainsi que l'interprétation restrictive, en jurisprudence de la nécessité d'un accord exprès. Ceci fait que « *les parties préfèrent l'original à la copie : si elles sont suffisamment d'accord, pour accepter que leur litige soit tranché en amiable composition, autant alors recourir à l'arbitrage, le vrai, si ce n'est, carrément, recherché les voies d'une solution transactionnelle* ».

Ces résultats sont doublement intéressants.

Scientifiquement, les conclusions issues de ce travail permettront aux justiciables pressés de terminer une contestation de savoir lorsqu'ils ont la libre disposition de leur droit, qu'ils ont légalement la possibilité de convenir sur le droit applicable ou sur l'office du juge. Cette convention amène irrémédiablement ce dernier à appliquer la norme qui leur convient pour résoudre immédiatement et définitivement le litige. Le juge n'aura plus donc la latitude de choisir de façon discrétionnaire une règle de droit qui pourrait être contraire à leurs intérêts.

Au plan social, la disparition immédiate de l'opposition des contestations rétablit rapidement la paix sociale troublée par le litige.

Il est donc important pour toute société de mettre vite et manifestement fin au litige afin de maintenir la paix sociale. Et si le souci du législateur s'inscrivait réellement dans ce cadre, ne pourrait-il pas comme le législateur anglo-saxon, obliger tous justiciables à une tentative préalable de transaction avant de se porter devant le juge ?

## **BIBLIOGRAPHIE**

### **I- Ouvrages généraux**

- CADIET (L.), *Droit judiciaire privé*, 3<sup>e</sup> édition, Paris, Litec, 951 p.
- CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit Judiciaire Privé*, 4<sup>ème</sup> édition, Paris, Juris-Classeur Litec, D 2004, 882 p.
- CORNU (G.) et FOYER (F.), *Procédure Civile*, 1<sup>ère</sup> édition, Paris, Thémis PUF, 1958, 609 p.
- CROZE (H.), MOREL (C.), et FRADIN (O.), *Procédure civile*, 4<sup>ème</sup> édition, Paris, LGDJ, 2011, 544 p.
- DESPRES (I.), *Code de procédure civile*, 103<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz, 2012, 3441 p.
- DJOGBENOU (J), *Code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes commenté et annoté*, 1<sup>ère</sup> édition, Cotonou, CREDIJ, 2012, 542 p.
- FRICERO (N.), *L'essentiel de la Procédure civile*, 5<sup>ème</sup> édition, Paris, Gualino, 2007, 126 p.
- GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C), et FERRAND (F.), *Procédure Civile*, 30<sup>ème</sup> édition, Paris, Dalloz, 2010, 1585 p.
- HERON (J.), et LE BARS (T.), *Droit judiciaire privé*, 4<sup>e</sup> édition, Paris, Montchrestien Lestenso, 2010, 1016 p.
- JULIEN (P.), et FRICERO (N.), *Procédure civile*, 4<sup>e</sup> édition par N.FRICERO, Paris, LGDJ, 2011, 544 p.
- VERGES (E.), *Procédure civile*, Presses Universitaires de Grenoble, 2007, 298 p.
- VINCENT (J.)et GUINCHARD (S.), *Procédure civile*, 25<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz, 1999, 1166 p.

## II- *Ouvrages spécialisés*

- AMOUSSOU (B. C.), *Droit Béninois du travail, Contrat de travail et Licenciement*, Cotonou, Tête fertile, 2003, 211p.
- BATIFFOL (H.) et LAGARDE (P.), *Droit international privé, TOME II*, 6<sup>e</sup> édition, Paris, Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence, 1983, 664 p.
- BERGEL (J. L.), *Théorie Générale du droit*, 5<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz, 2012, 374 P.
- CADIET (L.), NORMAND (J.), et AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, 2<sup>e</sup> édition, Paris, Thémis droit, PUF, 2013, 997 p.
- CARBONNIER (J.), *Sociologie juridique*, 1<sup>ère</sup> édition, Paris, PUF, 1994, 415 p.
- FABRE-MAGNAN (M.), *Introduction au droit*, 1<sup>ère</sup> édition, Paris, PUF, 2010, 127 p.
- LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.), et DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), *Droit International Privé*, 9<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz, 2007, 1025 p.
- MALAURIE (P.) et MORVAN (P.), *Droit Civil, Introduction Générale*, 3<sup>e</sup> édition, Paris, Defrenois Lextenso, 2009, p. 40
- MALINVAUD (P.), *Introduction à l'étude du droit*, 13<sup>e</sup> édition, Paris, Lexis-Nexis, 2011, 505 p.
- MAYER (P.) et HEUZE (V.), *Droit International Privé*, 10<sup>e</sup> édition, Paris, Montchrestien Lextenso, 2010, 784 p.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois I*, folio essais, édition Gallimard, 1995, 604 p.
- PERROT (R.), *Institutions judiciaires*, 10<sup>e</sup> édition, Paris, Montchrestien, 523 p.
- POMMIER (JC.), *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Paris, édition Economica, 382 p.
- SOSSA (D.), *Introduction à l'Etude du Droit*, Cotonou, édition Tunde, 2007, 239 p.

### **III- Articles et Revues**

- AKAM AKAM (A.), « Le juge entre la loi et sa conscience », *RTSJ, Revue Togolaise des Sciences Juridiques*, N°0001, Juillet-Décembre 2011, pp. 144 à 157
- BACACHE (M.), « Office du juge et responsabilité civile », *Liber amicorum, Mélanges dédiés à la mémoire du Doyen J. HERON*, éditions Lextenso, Paris, LGDJ, 2008, pp. 23 à 45
- BELLET (P.), « Le Juge et l'équité », *Etudes offertes à R. RODIERE*, Paris, Dalloz, 1981, pp. 9 à 15
- BOLARD (G.), « La matière du procès et le principe dispositif », *Droit et Pratique de la Procédure civile* sous la direction de S. GUINCHARD, 6<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz, 2009, pp. 573 à 592
- CHARRUAULT (C.), « L'excès de pouvoir du juge civil », *Etudes offertes au Doyen Philippe Simler*, Paris, éditions Dalloz, 2006, pp. 857 à 866
- CROZE (H.), « Le juge doit-il dire le droit ? », *Justice et droit du procès, du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de S. GUINCHARD*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 223 à 232
- DUPICHOT (J.), « L'adage damihi factum, dabotibi jus », *Propos sur les obligations et quelques autres fondamentaux du droit, Mélanges offerts à J-L. AUBERT*, Paris, éditions Dalloz, 2005, pp. 425 à 439
- LAGARDE (X.) « Nul ne peut se faire justice à soi-même, Principe fondateur du procès civil », *Justice et droit du procès, du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de S. GUINCHARD*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 795 à 806
- PIWNICA (E.), « Le droit au juge devant les juridictions judiciaires », *Le droit au juge dans l'Union Européenne*, sous la direction de J. RIDEAU, Paris, LGDJ, 1998, pp. 173 à 180
- THERY (P.), « Le litige en droit judiciaire privé, Petits exercices de procédure élémentaire », *Justice et droit du procès, du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de S. GUINCHARD*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 853 à 867
- WIEDERKEHR (G.), « Qu'est-ce qu'un juge ? », *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, *Mélanges en l'honneur de R. PERROT*, Paris, Dalloz, pp. 575 à 586

#### ***IV- Lexiques et Dictionnaires***

- CADIET (L.), *Dictionnaire de la Justice*, 1<sup>ère</sup> édition, Paris, PUF, 2004, 1362 p.
- CORNU (G.), *Vocabulaire Juridique*, 8<sup>è</sup> édition, Paris, PUF, 2007, 986 p.
- DUBOIS (J.), *Lexis Larousse de la langue française*, Paris, édition LAROUSSE, 2002, 2109 p.
- REY-DEBOVE (J.) et REY (A.), *Le Nouveau Petit Robert*, Paris, édition Dictionnaire Le Robert, 2003, 2837 p.

#### ***V- Sources législatives et conventionnelles***

- Acte Uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, 4<sup>e</sup> édition 2012, Juriscope.
- Code civil, 102<sup>e</sup> édition, France, Dalloz, 2003, 2139 p.
- Convention de la Haye sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises en date du 22 décembre 1986, V. Annexe 5
- Convention de la Haye sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation en date du 14 mars 1978, V. Annexe 6
- Convention de la Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels en date du 15 juin 1955, V. Annexe 4
- Décret n°75-1123 du 5 décembre 1975 instituant un Nouveau Code de procédure civile français.
- Décret français n°91-242 du 28 février 1991 portant publication de la convention loi applicable aux obligations contractuelles (ensemble un protocole et deux déclarations communes), signées à Rome le 19 juin 1980, V. Annexe 3
- Loi n°90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin, publiée au Journal Officiel de la République du Bénin, 102<sup>ème</sup> année, n°1, 1<sup>er</sup> janvier 1991.
- Loi N°2008-07 du 28 février 2011 portant Code de procédure civile, commerciale, administrative, sociale et des comptes en République du Bénin, publiée au Journal Officiel n°7 Bis du 6 avril 2012.

## VI- Sources jurisprudentielles

- Arrêt N°004/2010 du 07/01/2010 de la Chambre Civile Commerciale de la Cour d'Appel de Cotonou, Aff : Société Echanges Commerciaux Afrique (ECA) Sarl C/ Société Nationale pour la Promotion Agricole (SONAPRA), V. Annexe 1
- Arrêt N°01/CJ-CM du 15/01/1999, *Recueil des Arrêts 1999*, Tome I de la Chambre Judiciaire et Chambre Administrative de la Cour Suprême, 488 p.
- Arrêt N°010/CJ-CT du 24 avril 1998, *Recueil des Arrêts 1998*, la Chambre Judiciaire et Chambre Administrative de la Cour Suprême, 233 p.
- Arrêt N°185/2005 du 19 décembre 2005, A. F. SAÏZONOU BEDIE, *Jurisprudence Béninoise Recueil d'arrêts des cours d'appel d'Abomey, Parakou, Cotonou et de la Cour Suprême (Chambre Judiciaire) N°5, Droit et Lois, 2010, 236 p.*
- Arrêt N°2007-013/1<sup>ère</sup> CT-B/CA-AB du 08 août 2007, A. F. SAÏZONOU BEDIE, *Jurisprudence Béninoise, Recueil d'arrêts des cours d'appel d'Abomey et Parakou N°4, Droit et Lois, 2008, 324 p*
- Arrêt N°2007-015/1<sup>ère</sup> CT-B/CA-AB du 22 août 2007, A. F. SAÏZONOU BEDIE, *Jurisprudence Béninoise, Recueil d'arrêts des cours d'appel d'Abomey et Parakou N°4, Droit et Lois, 2008, 324 p.*
- Arrêt N°21/CJ-CM du 10 mars 2000, *Recueil des Arrêts 2000*, Tome I, de la Chambre Judiciaire de la Cour Suprême, 331 p.
- Arrêt N°ECW/CCJ/JUD/08/08 du 27 oct. 2008, A. SAÏZONOU-BEDIE, *Recueil de jurisprudence de la Cour de justice de la CEDEAO et de la Commission de l'UEMOA, 1<sup>ère</sup> Edition, Droit et Lois, 2014, 349 p.*
- Cass. soc., 4 déc. 1996, n° 94-40.693, JCP G 1997, II, n° 4064, obs. L. CADIET n° 11, voir BLIBCHAER R. et MOLFESSIS N., Sources du droit en droit interne, spéc. n° 6, RTD civ. 1998, p. 210
- CCJA N°008/2002, 21 avril 2002, Aff : Société Palmafrigue C/ Etienne Konan Bally Kouakou
- CCJA N°013/2002, 18 avril 2002, Aff : Bicici C/ Dioum Mbandy
- Civ. 5 déc. 1910. Arrêt n°11 Cour de cassation, B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz, 2006, 814 p.*
- DCC 09-087DU 13 AOÛT 2009, V. Annexe 2

### ***VII- Sites Web***

- <http://books.google.bj/books?id>, consulté le 18/09/2014 à 21h51mn
- <http://fr.wikipedia.org/wiki/Sociologiedudroit>, consulté le 30/12/2014 à 11h52mn
- [www.hcch.net/index\\_fr](http://www.hcch.net/index_fr), consulté le 29/04/2015 à 11h52mn
- [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr), consulté le 29/04/2015 à 12h52mn
- [www.wk-rh.fr/preview/.../315-36 - jugement en equite prohibe](http://www.wk-rh.fr/preview/.../315-36_-_jugement_en_equite_prohibe), consulté le 19/09/2014 à 20h40mn

## **TABLE DES MATIERES**

<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>1</b>
<b>PREMIERE PARTIE : Les insuffisances du droit applicable par le juge à la résolution du litige.....</b>	<b>10</b>
<b>Chapitre I : L'imposition d'un droit applicable à la résolution du litige.....</b>	<b>12</b>
<b>Section I : Une imposition à travers la qualification et la requalification des faits...</b>	<b>12</b>
Paragraphe I : Une imposition liée à l'office du juge.....	13
A- Un office du juge au service de la sécurité juridique.....	13
B- office du juge sous contrôle.....	14
1. Le contrôle des juridictions internes.....	14
a) Le contrôle exercé par la Cour d'Appel.....	15
b) Le contrôle exercé par la Cour Suprême.....	17
c) Le contrôle exercé par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA).....	19
d) Le contrôle exercé par la Cour Constitutionnelle .....	20
2. Le contrôle des juridictions sous-régionales.....	22
a) Le contrôle exercé par la Cour de Justice de la CEDEAO (CJ-CEDEAO).....	23
b) Le contrôle exercé par la Cour Africaine de Justice et des droits de l'Homme (CAJDH).....	24
Paragraphe II : Une imposition liée au rejet de l'équité.....	24
A- La notion d'équité.....	24
B- Les raisons de l'imposition du droit par le juge liées au rejet de l'équité.....	26
1. Les raisons historiques.....	26
2. Les raisons théoriques.....	27
<b>Section II : Une imposition sous conditions.....</b>	<b>29</b>
Paragraphe I : En l'absence de fondement juridique invoqué par les Parties.....	29
A- Le juge face à des éléments de fait ne lui permettant pas de retenir une qualification	29
B- Le juge face à des éléments de fait lui permettant de retenir une qualification.....	30
Paragraphe II : En présence d'un fondement juridique invoqué par les parties.....	31
A- La requalification des faits et actes litigieux.....	32
B- Le relevé d'office d'un moyen de droit.....	33
1. Le relevé d'office d'un moyen de droit : Un devoir pour le juge.....	33
2. Le relevé d'office d'un moyen de droit : une faculté pour le juge.....	34

<b>Chapitre II : L'application d'un droit inefficace à la résolution du litige.....</b>	<b>36</b>
<b>Section I : Un droit en guise de solution au litige .....</b>	<b>36</b>
Paragraphe I : Un droit contraire aux intérêts des parties.....	36
A- L'intransigeance des prétentions.....	36
B- L'insatisfaction des prétentions.....	38
Paragraphe II : Les décisions de justice incomprises des parties.....	39
A- L'application d'un droit en déphasage avec les réalités sociologiques des parties...	39
B- Un prononcé de jugement ne rencontrant pas toujours l'entendement des parties...	40
<b>Section II : Une solution laissant subsister le litige.....</b>	<b>41</b>
Paragraphe I : La persistance du litige en raison des motifs de la formation même du litige.	41
A- La résistance à des prétentions, source de litige.....	41
B- L'application d'un droit, source de litige.....	42
Paragraphe II : La persistance du litige à travers les voies de recours.....	42
A- Les voies de recours, un mécanisme salutaire.....	43
B- Les voies de recours, un mécanisme perpétuant le litige.....	43
<b>Conclusion de la première partie.....</b>	<b>45</b>
<b>Deuxième partie : La mise en œuvre par les parties de moyens adéquats à la résolution du litige.....</b>	<b>47</b>
<b>Chapitre I : Les moyens des parties en présence d'éléments d'extranéité.....</b>	<b>49</b>
<b>Section I : Le préalable à l'élection de droit.....</b>	<b>49</b>
Paragraphe I : L'exigence préalable du caractère international du contrat.....	49
A- L'admission de l'internationalisation du contrat interne.....	49
B- Le rejet de l'internationalisation du contrat interne.....	51
Paragraphe II : La détermination du caractère international du contrat.....	52
A- Le critère juridique de l'internationalité du contrat.....	53
B- Le critère supplémentaire de l'internationalité du contrat.....	54
<b>Section II : L'élection de droit .....</b>	<b>56</b>
Paragraphe I : La caractéristique de l'élection de droit.....	57
A- La volonté déclarée expresse ou tacite.....	57
B- La spécification de la volonté tacite.....	59
Paragraphe II : L'application de l'élection de droit.....	61
A- Le subjectivisme pur dans la mise en application de l'élection de droit.....	61
B- Le subjectivisme modéré dans la mise en application de l'élection de droit.....	64

<b>Chapitre II : Les moyens des parties en l'absence d'éléments d'extranéité.....</b>	<b>67</b>
<b>Section I : Le choix du droit applicable par les parties.....</b>	<b>67</b>
Paragraphe I : Les conditions du choix du droit par les parties.....	68
A- L'accord exprès sur le droit applicable.....	68
B- La libre disposition des droits.....	68
Paragraphe II : Les effets du choix du droit par les parties.....	70
A- La liaison du juge par les parties.....	70
B- L'intérêt pratique de la liaison du juge par les parties.....	71
1. Les transactions partielles.....	72
2. L'attitude du juge en cas de qualification erronée des parties.....	72
<b>Section II : La faculté de libération du juge par les parties.....</b>	<b>73</b>
Paragraphe I : Le pacte d'amiable composition judiciaire .....	74
A- Les conditions du pacte d'amiable composition.....	74
B- Les effets du pacte d'amiable composition.....	74
Paragraphe II : L'arbitrage judiciaire.....	75
A- Les ressemblances avec l'arbitrage .....	75
B- Les dissemblances avec l'arbitrage.....	76
<b>Conclusion de la deuxième partie.....</b>	<b>78</b>
<b>CONCLUSION GENERALE.....</b>	<b>80</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>84</b>